

Université Panthéon-Assas

Ecole doctorale de droit privé (E.D. 6)

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 28 novembre 2014

L'ACTE COERCITIF EN PROCÉDURE PÉNALE



Université Panthéon-Assas

Philippe COLLET

Sous la direction de M. Didier REBUT

Professeur à l'Université Panthéon-Assas – Paris II

Membres du jury :

Mme Evelyne BONIS-GARÇON,

Professeur à l'Université Montesquieu – Bordeaux IV, rapporteur

M. Jacques BUISSON

Conseiller à la Cour de cassation

Professeur associé à l'Université Jean Moulin – Lyon III

Mme Agathe LEPAGE

Professeur à l'Université Panthéon-Assas – Paris II

Mme Haritini MATSOPOULOU

Professeur à l'Université Paris-Sud XI – Faculté Jean Monnet, rapporteur

M. Didier REBUT

Professeur à l'Université Panthéon-Assas – Paris II, directeur de recherches



Université Panthéon-Assas

Avertissement

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



Remerciements

Mes remerciements les plus sincères s'adressent à mon directeur de recherche, Monsieur le Professeur Didier Rebut. Avoir réalisé mes travaux de recherche sous sa direction a été un honneur et un privilège, tant sur le plan scientifique que d'un point de vue humain. Au-delà de tous les conseils qu'il a pu me donner, son écoute attentive, en particulier dans les moments très difficiles, ses encouragements et son soutien immuable ont été déterminants dans l'achèvement de ce travail. Je lui exprime donc ma plus grande reconnaissance pour la bienveillance dont il a fait preuve à mon égard et la confiance qu'il m'a accordée tout au long de ces années.

Je remercie, par ailleurs, ma famille pour sa patience, son aide et son soutien. Sans elle, cette recherche n'aurait pas pu être menée à son terme.

Enfin, je tiens à remercier toutes celles et ceux qui m'ont aidés, notamment mes amis pour leurs conseils, relectures et encouragements renouvelés durant toutes ces années. La force qu'ils m'ont transmise a contribué à finir ce marathon. Des remerciements particuliers s'adressent à Marie-Christine et à Benoît pour leur dévouement si précieux.



Principales abréviations

act.	actualités
<i>Adde</i>	<i>Addendum</i> , ajouter
A.J.D.A.	Actualité juridique droit administratif
A.J. pénal	Actualité juridique pénal
al.	alinéa
<i>alii</i>	autres
A.P.J.	agent de police judiciaire
Arch. phil. dr.	Archives de philosophie du droit
Arch. pol. crim.	Archives de politique criminelle
art.	article
Bibl. dr. privé	Bibliothèque de droit privé
Bibl. dr. public	Bibliothèque de droit public
Bibl. sc. crim.	Bibliothèque des sciences criminelles
B.I.C.C.	bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. civ.	bulletin civil
Bull. crim.	bulletin criminel
CA	cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass. Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ.	chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	chambre sociale de la Cour de cassation
C.C.	Conseil constitutionnel
C.C.C., N.C.C.C.	Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel
C. civ.	Code civil
C. consom.	Code de la consommation
C. douanes	Code des douanes
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
C.E.S.E.D.A.	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
ch. acc., ch. instr.	chambre d'accusation, chambre de l'instruction
chron.	chronique
C.I.C.	Code d'instruction criminelle
Circ.	circulaire
CJCE, CJUE	Cour de justice des Communautés européennes, Cour de justice de l'Union européenne
CNRD	Commission nationale de réparation des détentions

C.O.J.	Code de l'organisation judiciaire
coll.	collection
comm.	commentaire
Comp.	comparer
concl.	conclusions
cons.	considérant
<i>Contra</i>	en sens contraire
C.P.	Code pénal
C.P.C.	Code de procédure civile
C.P.C.E.	Code des procédures civiles d'exécution
C.P.P.	Code de procédure pénale
C. route	Code de la route
C.S.P.	Code de la santé publique
C. urb.	Code de l'urbanisme
D.	Dalloz (recueil)
D.H.	Dalloz hebdomadaire
dir.	sous la direction de
doctr.	doctrine
D.P.	Dalloz périodique
Dr. adm.	Droit administratif
Dr. pénal	Droit pénal
E.C.P.B.	en cours de publication au bulletin
éd.	édition
E.D.C.E.	Etudes et documents du Conseil d'Etat
Gaz. pal.	La Gazette du palais
Gr. ch.	Grande chambre
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , au même endroit
<i>infra</i>	ci-dessous (plus bas dans le texte)
I.R.	informations rapides
J.C.P.	La Semaine juridique, édition générale
Jcl. proc. pén.	Juris-classeur de procédure pénale
J.O., J.O.U.E.	Journal officiel, Journal officiel de l'Union européenne
jurisp.	jurisprudence
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i> , au passage cité
L.P.F.	Livre des procédures fiscales
not., spéc.	notamment, spécialement
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> , ouvrage cité précédemment
O.P.J.	officier de police judiciaire
ord.	ordonnance
pan.	panorama
préc.	précité(e)
préf.	préface
P.U.A.M.	Presses universitaires d'Aix-Marseille
P.U.F.	Presses universitaires de France
P.U.L.I.M.	Presses universitaires de Limoges
Q.P.C.	question prioritaire de constitutionnalité
rapp.	rapport
Rappr.	rapprocher
R.D.A.	Revue de droit d'Assas
R.D.P.	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
R.D.P.C.	Revue de droit pénal et de criminologie (belge)
Rec.	Recueil

Rev. adm.	Revue administrative
Rev. dr. pol.	Revue de droit politique (<i>Jus Politicum</i>)
Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
R.F.D.C.	Revue française de droit constitutionnel
R.G.D.P.	Revue générale des procédures
R.I.D.comp.	Revue internationale de droit comparé
R.I.D.P.	Revue internationale de droit pénal
R.P.D.P.	Revue pénitentiaire et de droit pénal
R.R.J.	Revue de la recherche juridique, droit prospectif
R.T.D.civ.	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D.H.	Revue trimestrielle des droits de l'homme
R.U.D.H.	Revue universelle des droits de l'homme
S.	Sirey (recueil)
somm., somm. comm.	sommaire, sommaire commenté
<i>supra</i>	ci-dessus (plus haut dans le texte)
t.	tome
TA	tribunal administratif
T.C.	Tribunal des conflits
TGI	tribunal de grande instance
V.	voir, voyez
vol.	volume



Sommaire

PREMIERE PARTIE : LA NOTION D'ACTE COERCITIF

TITRE I : LA DETERMINATION DE L'ACTE COERCITIF

CHAPITRE 1 : LA DETERMINATION FORMELLE DE L'ACTE COERCITIF

CHAPITRE 2 : LA DETERMINATION SUBSTANTIELLE DE L'ACTE COERCITIF

TITRE II : LA DEFINITION DE L'ACTE COERCITIF

CHAPITRE 1 : LA DEFINITION FONCTIONNELLE DE L'ACTE COERCITIF : UNE
DEFINITION INSUFFISANTE

CHAPITRE 2 : LA DEFINITION CONCEPTUELLE DE L'ACTE COERCITIF : UNE
DEFINITION ADEQUATE

SECONDE PARTIE : LE REGIME DE L'ACTE COERCITIF

TITRE I : L'EXECUTION DE L'ACTE COERCITIF

CHAPITRE 1 : LES CONSTANTES : LES EXIGENCES INTANGIBLES DE L'ACTE
COERCITIF

CHAPITRE 2 : LES VARIANTES : LES DECLINAISONS IRREDUCTIBLES DE L'ACTE
COERCITIF

TITRE II : LA CONTESTATION DE L'ACTE COERCITIF

CHAPITRE 1 : LA CONTESTATION DE L'ACTE COERCITIF NON CONSTITUTIF
D'UNE INFRACTION PENALE

CHAPITRE 2 : LA CONTESTATION DE L'ACTE COERCITIF CONSTITUTIF D'UNE
INFRACTION PENALE

INTRODUCTION GENERALE

1. *L'Etat, l'individu, la liberté.* « La liberté individuelle, (...) voilà la véritable liberté moderne. La liberté politique en est la garantie ; la liberté politique est par conséquent indispensable. Mais demander aux peuples de nos jours de sacrifier, comme ceux d'autrefois, la totalité de leur liberté individuelle à la liberté politique, c'est le plus sûr moyen de les détacher de l'une ; et quand on y serait parvenu, on ne tarderait pas à leur ravir l'autre ». C'est en ces termes que Benjamin CONSTANT exprimait l'indispensable protection de la liberté individuelle lors de son discours prononcé à l'Athénée royal de Paris en 1819¹. Comme pour les autres pères du libéralisme politique, tels LOCKE², TOCQUEVILLE³ ou John Stuart MILL, seule la protection d'autrui peut justifier le pouvoir de contrainte de l'Etat sur l'individu⁴. Réfutant la thèse de ROUSSEAU, caractérisée par la suprématie de la volonté générale sur la volonté particulière⁵, la loi ne doit pas servir à restreindre la liberté des individus. Leur garantie exige une limitation du pouvoir de l'Etat⁶. « Toute contrainte, en tant que contrainte, est un mal » de ce point de vue⁷.

2. A une telle philosophie libérale, s'oppose l'absolutisme politique dont HOBBS s'érige en fervent défenseur. Dans « Léviathan », terme désignant l'Etat, l'auteur prône la soumission totale de l'individu à la souveraineté de l'Etat⁸. Selon cette vision du contrat social, la paix civile n'est susceptible d'être garantie qu'à la condition d'octroyer à ce dernier le pouvoir absolu de commander

¹ B. CONSTANT, De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes, Fayard, Mille et une nuits, 2010, p. 35. V. aussi, sur cette sauvegarde : B. CONSTANT, Principes de politique, Librairie A. Eymery, Paris, 1815, p. 286 et s.

² Considéré comme le fondateur du libéralisme politique, John LOCKE s'est opposé avec force au système absolutiste : J. LOCKE, Le Second traité du gouvernement. Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil, P.U.F., Epiméthée, 1994, 4^{ème} tirage, 2011, not. n°93, p. 67 et 68, pour qui souscrire le pacte de soumission à un prince absolu, « ce serait penser que les hommes sont assez fous pour prendre soin d'échapper aux maux que peuvent leur causer les putois et les renards, mais qu'ils s'estiment satisfaits, et qu'ils s'imaginent même que c'est une sauvegarde, d'être dévorés par des lions ».

³ A. DE TOCQUEVILLE, De la démocratie en Amérique, 4 tomes, Pagnerre, Paris, 1848.

⁴ A cet égard, J.S. MILL, De la liberté, Gallimard, Folio-essais, 1990, p. 74 : « La seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de la force contre un de ses membres est de l'empêcher de nuire aux autres. Contraindre quiconque pour son propre bien, physique ou moral, ne constitue pas une justification suffisante ».

⁵ J.-J. ROUSSEAU, Du contrat social, Flammarion, Paris, 2001. Les hommes aliènent totalement leur liberté et leur droit de juger à la volonté générale, mais cette obéissance à ladite volonté est liberté. Car si celle-ci est souveraine, elle constitue la meilleure garantie du règne de la loi, de l'Etat de droit, au sein duquel les libertés sont préservées.

⁶ V. B. CONSTANT, Principes (...), *op. cit.*, p. 17. Selon ce système, l'individu ne saurait transférer à l'Etat, dans le contrat social, qu'une partie de ses droits naturels. Il conserve alors une sphère d'indépendance ou d'autonomie par rapport à celui-ci, plus ou moins vaste selon les partisans de cette théorie. Il peut donc opposer des droits à l'Etat et les faire valoir contre lui, au besoin, par la force. Sur ce point : A. RENAUT, La philosophie, Odile Jacob, 2006, p. 398.

⁷ J.S. MILL, *op. cit.*, p. 209 ; F.A. HAYEK, La Constitution de la liberté, Litec, Liberalia, 1994, p. 21, concédant néanmoins que « la coercition ne saurait être totalement évitée, dans la mesure où le seul moyen de l'empêcher consiste à menacer de l'employer ». Pour LOCKE, *op. cit.*, n°119, p. 87, « tout homme (...) est naturellement libre, et la seule chose qui est en mesure de l'assujettir à un pouvoir terrestre, c'est son propre consentement ».

⁸ T. HOBBS, Léviathan, Gallimard, Folio-essais, 2000, §18, p. 293 et 294 et la note n°1, §20, p. 334 et 335.

en lui remettant la puissance de la loi et de la contrainte⁹. Que l'on soit partisan du libéralisme ou de l'absolutisme politique, ces deux théories présentent des écueils. La première risque de dériver vers l'anarchisme, tandis que la seconde peut dégénérer en despotisme, voire en totalitarisme. Farouche opposant de l'Etat et de sa puissance immodérée, NIETZSCHE invite à remettre en cause l'absolutisme politique lorsqu'il écrit : « Etat ? Qu'est-ce, cela ? Allons ! Ouvrez les oreilles, je vais vous parler de la mort des peuples. L'Etat, c'est le plus froid de tous les monstres froids : il ment froidement et voici le mensonge qui rampe de sa bouche : "Moi, l'Etat, je suis le peuple" »¹⁰. Si différentes synthèses ont été réalisées à partir de ces deux modèles, la synthèse républicaine de ROUSSEAU ou la position libérale de MONTESQUIEU fondée sur la séparation des pouvoirs¹¹, la question récurrente consiste à concilier deux exigences : les libertés individuelles d'un côté, l'autorité de l'Etat de l'autre. Il s'agit, au fond, d'accorder la liberté avec la contrainte sur le plan juridique.

3. *Le monopole de la contrainte étatique.* Dans l'Etat, l'usage de la coercition ou de la force échappe aux simples particuliers. La violence individuelle demeure exclue, sauf dans certaines situations exceptionnelles¹². L'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même » traduit cette prohibition¹³. Condition fondamentale de l'ordre social, seul l'Etat détient « le monopole de la violence légitime » selon l'expression chère à Max WEBER¹⁴, plus souvent dénommé « monopole de la contrainte légitime »¹⁵. S'il semble désormais employer la force en ultime recours¹⁶, il lui faut exercer son

⁹ En ce sens, M. TERESTCHENKO, Philosophie politique, t. 1, Individu et société, Hachette, Les fondamentaux, 2000, p. 26 et 28 ; A. RENAUT, *op. cit.*, p. 400.

¹⁰ F. NIETZSCHE, Ainsi parlait Zarathoustra. Un livre pour tous et pour personne, Société du Mercure de France, 6^{ème} éd., 1903, H. ALBERT (trad.), Œuvres complètes de NIETZSCHE, vol. 9, p. 66 (De la nouvelle idole). Qu'il soit en réalité autoritaire, libéral ou démocratique, l'Etat ne change pas de nature pour NIETZSCHE et demeure l'opresseur des masses qui avilit et abrutit l'individu. HEGEL pense, lui, au contraire, que « tout ce que l'homme est, il le doit à l'Etat » : V. B. BOURGEOIS, HEGEL, in Dictionnaire de philosophie politique, P.U.F., Quadrige, 2003, P. RAYNAUD et S. RIALS (dir.), p. 313 et s., not. p. 314 (l'Etat, effectivité de la liberté concrète).

¹¹ Pour des développements sur ces deux synthèses : A. RENAUT, *op. cit.*, p. 401 à 405 ; M. TERESTCHENKO, *op. cit.*, p. 30 à 32 (système de ROUSSEAU). Le règne du droit doit être le but ultime du pouvoir, conception partagée par FICHTE et KANT (V. *supra*, note n°4, pour un exposé rapide de la vision rousseauiste). Il faut enfin signaler la thèse de MARX : le communisme devant abolir tous les conflits essentiels (liés à la lutte de classes et à la rareté), la liberté individuelle y serait respectée spontanément sans qu'il soit nécessaire de l'imposer aux autres par l'artifice de la contrainte. L'anarchie serait alors justifiée et l'Etat « déperirait » : G. HAARSCHER, Droits de l'homme, in Dictionnaire de philosophie politique, P.U.F., Quadrige, 2003, P. RAYNAUD et S. RIALS (dir.), p. 190 et s., spéc. p. 191.

¹² Comme la légitime défense (art. 122-5 du C.P.) ou lorsqu'un particulier en appréhende un autre pour l'amener devant l'O.P.J. le plus proche en cas de flagrant délit (art. 73 du C.P.P.). A propos de ce second cas, il a été écrit que le phénomène est « tellement fugitif et insignifiant, l'on repasse si immédiatement à la sphère de l'intervention des autorités publiques, que pratiquement on peut le négliger » : C. EISENMANN, Cours de droit administratif, t. I, L.G.D.J., 1982, p. 394.

¹³ V. J. BEGUIN, Rapport sur l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même » en droit français, Travaux de l'association H. CAPITANT, t. XVIII, 1966, Dalloz, 1969, p. 41 et s., not. p. 41, 64 et 73 ; P. ROUBIER, Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, Sirey, 2^{ème} éd., 1951, rééd. Dalloz, 2005, préf. D. DEROUSSIN, p. 34 et 35.

¹⁴ M. WEBER, Economie et société, t. I, Pocket, coll. Agora, 1995, p. 99. Il emploie aussi l'expression de « monopole de la contrainte physique légitime ». Il note p. 97 : « Nous entendons par Etat une "entreprise politique de caractère institutionnel" (*politischer Anstaltsbetrieb*) lorsque et tant que sa direction administrative revendique avec succès, dans l'application des règlements, le monopole de la contrainte physique légitime ». L'Etat constitue alors « ce tiers puissant auquel les individus et les groupes d'individus qui composent la société délèguent librement leur droit de se prononcer sur la légitimité de recourir à la contrainte pour assurer la coexistence des libertés ».

¹⁵ H. KELSEN, Théorie pure du droit, Bruylant-L.G.D.J., La pensée juridique, 1999, réédit. 2^{ème} éd. 1962, trad. C. EISENMANN, p. 44 et 45, pour qui le monopole de la contrainte permet, dans l'ordre juridique, de caractériser l'Etat moderne ; R. BONNARD, La conception juridique de l'Etat, R.D.P., 1922, p. 5 et s., spéc. p. 24 ; J. DABIN, Théorie

pouvoir de commandement sous peine de sombrer dans le chaos et l'anarchie¹⁷. Chaque Etat bénéficie d'une compétence exclusive pour accomplir des actes de contrainte sur son propre territoire¹⁸. Le droit international public pose le principe de « la territorialité absolue (...) à l'égard des mesures de coercition »¹⁹. Selon l'article 88 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, l'application de telles mesures dépend en effet « exclusivement des autorités nationales compétentes »²⁰. Apanage de l'Etat à l'image du droit de réprimer les infractions pénales²¹, le pouvoir de contraindre relève de sa souveraineté²²; et il se limite à sa territorialité²³. L'exécution d'actes coercitifs sur un territoire étranger constituant une violation de la souveraineté en droit international²⁴, la territorialité forme bien « le support concret » de celle-ci²⁵. De même, les autorités publiques françaises, compétentes pour exercer la contrainte en France, ne sauraient obéir

générale du droit, Bruylant, 2^{ème} éd., 1953, n°33, p. 46 et 47; G. BURDEAU, Traité de science politique, t. II, L'Etat, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 1980, n°213, p. 317, notant d'ailleurs que « la conquête de ce monopole a été un des facteurs essentiels à la formation de l'Etat »; C. EISENMANN, Cours (...), *op. cit.*, p. 393; M. TROPER, La théorie du droit, le droit, l'Etat, P.U.F., Léviathan, 2001, p. 251 et s.; J. BEGUIN, *op. cit.*, p. 73. V. aussi, R. LIBCHABER, L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit, L.G.D.J.-Lextenso, 2013, n°141.

¹⁶ Sur cette évolution : J.-H. ROBERT, Les sanctions prétoriennes en droit privé français, Thèse, Paris II, 1972, p. 256. Sur ce point : E. PICARD, Commentaire de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Les cahiers de la sécurité intérieure, La Documentation française, Paris, n°5, mai-juillet 1991, p. 201 et s., spéc. p. 213 et 217.

¹⁷ En ce sens, C. JARROSSON, Réflexions sur l'*imperium*, Etudes offertes à P. BELLET, Litec, 1991, p. 245 et s., spéc. n°18, p. 254; Ed. PICARD, Le droit pur, Flammarion, Paris, 1908, §48, p. 84. V. pourtant, P. BOURDIEU, Sur l'Etat. Cours au Collège de France (1989-1992), Raisons d'agir-Seuil, 2012, p. 239 et 264, pour qui « un Etat bien constitué devrait, à la limite, pouvoir se passer de coercition. (...) L'Etat est cette institution qui a le pouvoir extraordinaire de produire un monde social ordonné sans nécessairement donner d'ordres, sans exercer de coercition permanente ».

¹⁸ V. P. MAYER, Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence, R.C.D.I.P., 1979, p. 1 et s., p. 349 et s. et p. 537 et s., spéc. n°74, p. 541, n°78, p. 547 et n°85, p. 552.

¹⁹ P. MAYER, *op. cit.*, n°109, p. 578 et n°56, p. 376.

²⁰ J.O.U.E. C 115 du 9 mai 2008, p. 1. A ce sujet, E. GINDRE, L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne, L.G.D.J., 2009, Fondation Varenne, coll. des thèses, n°31, préf. C. LAZERGES, n°884, p. 394. Cet apanage des Etats ne les a cependant pas empêchés d'admettre que leurs actes soient jugés par des juridictions supranationales.

²¹ Cass. crim., 10 janv. 1873, Bull. crim., n°10 : « Attendu (...) que le droit de punir émane du droit de souveraineté, qui ne s'étend pas au delà des limites du territoire »; D. SIMON, Constitution, souveraineté pénale, droit communautaire, C.C.C., 2009, n°26, p. 21 et s., reprenant le mot de A. HUET; P. PONCELA, Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique de l'Etat, Arch. phil. dr., 1983, t. 28, p. 123 et s., not. p. 125 et 126.

²² L'idée selon laquelle l'Etat a le monopole de la contrainte n'est au fond, comme KELSEN l'a relevé, « qu'un avatar de la vieille idée que l'Etat est souverain » : M. TROPER, *op. cit.*, p. 257. Sur ce lien entre souveraineté et contrainte matérielle : R. BONNARD, *op. cit.*, p. 43 et 44; D. REBUT, Droit pénal international, Dalloz, Précis, 1^{ère} éd., 2012, n°618, évoquant néanmoins l'hypothèse d'un accord avec un Etat étranger. Sur le concept de souveraineté : J. BODIN, Les six livres de la République (morceaux choisis), éd. Confluences, coll. « Voix de la cité », 1999, p. 46; G. BURDEAU, Traité (...), *op. cit.*, n°210 et 211, p. 312 et n°242, p. 358 à 360; O. BEAUD, La puissance de l'Etat, P.U.F., Léviathan, 1994; O. BEAUD, La souveraineté dans la « Contribution à la théorie générale de l'Etat » de CARRE DE MALBERG, R.D.P., 1994, p. 1251 et s.; A. HAQUET, Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français, P.U.F., Les grandes thèses du droit français, 2004.

²³ Sur le lien entre souveraineté et territorialité : Cass. crim., 21 mars 1862, S., 1862, I, p. 541, rapp. F. HELIE, concl. SAVARY. V. aussi, l'avis du CE, n°360 661 du 20 mai 1997, E.D.C.E., 1997, n°49, p. 173 (obligation de placer les agents de police d'un Etat étranger, procédant à l'escorte d'un ressortissant étranger, sous l'autorité des services français compétents pendant la durée de leur mission sur le territoire national). *Adde*, P. THERY, *Judex gladii* (des juges et de la contrainte en territoire français), in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Mélanges R. PERRON, Dalloz, 1996, p. 477 et s., spéc. n°3, p. 477 et 478, indiquant que « l'*imperium* est un monopole de l'Etat sur son territoire (...) ».

²⁴ V. P. GRECIANO, Ouverture, in Coopération judiciaire internationale et européenne. Extradition et mandat d'arrêt européen, Gaz. pal., 7-9 sept. 2008, n°251 à 253, p. 2 et s., not. p. 2; P. BEAUVAIS, L'apport du mandat d'arrêt européen à la coopération pénale internationale, Gaz. pal., 7-9 sept. 2008, n°251 à 253, p. 15 et s., not. n°2, p. 16.

²⁵ C. JARROSSON, *op. cit.*, n°12, p. 251, soulignant le lien entre les deux notions, même s'il « n'existe pas toujours une parfaite adéquation entre les deux ».

aux injonctions d'une autorité politique ou juridictionnelle étrangère²⁶. Souveraineté et territorialité se présentent donc comme « les supports nécessaires de l'*imperium (merum)* de l'Etat »²⁷.

4. Il est indispensable que ce monopole de la contrainte étatique soit légitime. Par monopole, il ne faut pas entendre l'exercice exclusif de la violence, mais le droit exclusif de prescrire ou de permettre, dès lors d'interdire la violence ; le « droit exclusif de définir et de distinguer au moyen de prescriptions et d'autorisations la contrainte légitime et la contrainte illégitime »²⁸. Synonyme de légalité, la légitimité explique le pouvoir de contrainte irrésistible qui reflète la puissance étatique²⁹. Cette force ne se confond pas avec la violence gratuite ou nue. La contrainte s'avère légitime « parce qu'elle est le fait d'un Pouvoir que son institutionnalisation a investi lui-même de la légitimité », en d'autres termes « d'un Pouvoir qui est lui-même légitime parce qu'il est l'instrument de l'idée de droit valable dans la collectivité »³⁰. Bien entendu, l'Etat n'exerce pas lui-même la coercition. Il s'agit d'une fiction. Il y recourt au moyen d'hommes qui en font usage, leurs actes étant réputés accomplis par lui en son nom³¹. Les organes de l'Etat détiennent le pouvoir de prescrire ou d'autoriser des actes de contrainte. Ce serait même « ce pouvoir de prescrire qu'on appelle (...) "pouvoir de contrainte", bien qu'il ne soit lui-même en rien un acte de contrainte physique »³². Il n'empêche que « certaines opérations constituent la *réalisation de l'ordre juridique* par l'emploi de la *force* ou *contrainte* », telle l'action de la force publique pour prévenir ou éliminer la violation de l'ordre public, ou pour préparer sa répression, c'est-à-dire la contrainte policière ou « *Polizeizwang* » des juristes allemands et autrichiens³³.

²⁶ Rapp., P. MAYER, *op. cit.*, n°55, p. 375 et n°81, p. 547 et 548 ; P. THERY, *op. cit.*, n°4, p. 478 : « (...) Sur le plan juridictionnel, seul le juge français peut autoriser une mesure de contrainte en France, ou en apprécier la régularité ».

²⁷ C. JARROSSON, *op. cit.*, n°8, p. 248. Notion floue, l'*imperium* regroupe de façon schématique « tout ce qui concerne la force publique, le pouvoir de commandement et de contrainte, et qui relève de l'Etat » (n°6, p. 247). Mais en réalité, il existerait plusieurs sortes d'*imperium* : *imperium merum*, *mixtum* et la *jurisdictio* (qui serait, contrairement à une idée courante, une composante de l'*imperium*). Ainsi l'*imperium* serait, au sens large, « l'ensemble de prérogatives appartenant à l'Etat, liées à sa souveraineté, exercées dans les limites de son territoire, et concernant ses pouvoirs de commandement ou de contrainte et de juridiction ». L'*imperium merum* renverrait, lui, à une « composante de l'*imperium* qui correspond aux pouvoirs spécifiquement concernés par l'emploi de la force et de la contrainte, par opposition à la *jurisdictio* » (n°81, p. 278 et 279). C'est l'*imperium merum* qui intéresse notre étude au vu de ces définitions.

²⁸ M. TROPER, *op. cit.*, p. 256 et 257, s'appuyant sur l'analyse kelsenienne.

²⁹ G. BURDEAU, *op. cit.*, n°239, p. 353, précisant que « le véritable signe de la puissance d'Etat c'est (...) ce pouvoir qu'elle recèle de commander avec une puissance de coercition irrésistible ».

³⁰ G. BURDEAU, *op. cit.*, n°213, p. 317 et 318. Dans un autre passage, il écrit avec justesse (n°244, p. 363) : « C'est donc en légitimant la puissance par le statut dont elle investit les gouvernants que l'institutionnalisation du Pouvoir purifie la contrainte matérielle de l'imputation de force brutale. Elle la rattache à l'idée de droit comme à sa source originelle. Sans doute, elle demeure la force, mais non pas une force au service de volonté individuelle ; elle est la force en laquelle réside l'*ultima ratio* de l'idée de droit poursuivant sa réalisation ».

³¹ M. TROPER, *op. cit.*, p. 253. Cette fiction s'appelle « imputation » en droit.

³² M. TROPER, *op. cit.*, p. 254.

³³ C. EISENMANN, *op. cit.*, p. 393 (il souligne). L'arrestation d'un criminel présumé constitue une opération de cette nature, comme l'exécution des peines et les voies d'exécution contre le débiteur récalcitrant.

5. Droit et contrainte. En assimilant l'Etat au droit³⁴, et en appréhendant le droit comme un ordre de contrainte³⁵, KELSEN a souligné la spécificité de l'ordre juridique et en a donné, de manière simplifiée, la définition suivante : un ordre normatif globalement efficace et assorti de sanctions³⁶. « Ce que l'ordre de contrainte étatique a de particulier, c'est qu'il *institue la contrainte*, que ses règles prononcent que, dans certaines conditions, un individu devra prendre contre un autre une mesure de contrainte »³⁷. L'élément de la contrainte apparaît bien être, dans la théorie kelsénienne, le critère décisif³⁸. Il s'agit de « la circonstance que l'acte institué par l'ordre comme conséquence d'une situation considérée comme socialement nuisible doit être réalisé même contre le gré de l'individu qu'elle doit atteindre et, en cas de résistance, par l'emploi de la force physique »³⁹. La menace de coercition a vocation à inciter les individus à adopter la conduite adaptée sans y recourir. Au cas où pareille menace se révélerait insuffisante, il faut se souvenir que la règle de droit attache une conséquence juridique à une condition. Selon KELSEN, l'acte de contrainte, véritable réaction du droit, s'analyse en une conséquence juridique qui constitue en même temps l'action caractéristique de l'Etat en tant qu'appareil de contrainte : c'est l'acte étatique⁴⁰.

6. La vision traditionnelle du droit comme ordre de contrainte. Percevoir le droit comme un ordre de contrainte, affirmer que ce concept comprend celui de la contrainte publique, semble une

³⁴ H. KELSEN, *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat*, R.D.P., 1926, p. 561 et s., spéc. §12, p. 572 ; V. M. TROPER, *Système juridique et Etat*, Arch. phil. dr., 1986, p. 29 et s., not. p. 31 et 32, évoquant cette position de KELSEN, à l'encontre de la doctrine juridique traditionnelle qui conçoit l'Etat et le droit comme « deux êtres distincts, dont elle examine les rapports ». Elle recherche « si l'Etat est soumis au droit, donc nécessairement limité, ou si, au contraire, il est seul créateur du droit, donc tout puissant et potentiellement totalitaire ». Dès lors « si l'on admet la thèse de l'identité de l'Etat et du Droit, on peut alors décrire l'Etat comme un système spécifique de relations entre décisions, c'est-à-dire comme un mode particulier de justification et d'exercice du pouvoir » (p. 43) ; C. GRZEGORCZYK, *Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit*, Arch. phil. dr., 1986, p. 281 et s., not. p. 299 et 300. Pour des thèses contraires : J. ELLUL, *Le fondement théologique du droit*, Cahiers théologiques de l'actualité protestante n°15-16, 1946, p. 95 : « Or l'enseignement biblique est absolument ferme sur ce point : l'Etat est subordonné au droit. (...) Le droit ne reçoit rien de l'Etat : il reçoit son autorité de Dieu (...) ». Le professeur LIBCHABER, *in L'ordre juridique (...)*, *op. cit.*, combat aussi cette thèse : V. O. JOUANJAN, *Remarques critiques sur L'ordre juridique et le discours du droit*, D., 2014, p. 994 et s., spéc. p. 996.

³⁵ H. KELSEN, *Théorie (...)*, *op. cit.*, p. 41 et s. ; H. KELSEN, *Positivisme juridique et doctrine du droit naturel*, Mélanges J. DABIN, t. I, Sirey, 1963, p. 141 et s., spéc. p. 141 : « Le droit positif est un ordre coercitif (...) ». V. M. TROPER, *La contrainte en droit*, *in Le droit et la nécessité*, P.U.F., Léviathan, 2011, p. 7 et s., not. p. 7.

³⁶ V. O. PFERSMANN, *Carré de Malberg et « la hiérarchie des normes »*, R.F.D.C., 1997, n°31, p. 481 et s., not. p. 486 et 487. Sur le principe de la dynamique du droit : R. BONNARD, *La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl*, R.D.P., 1928, p. 668 et s. Plus largement, sur le concept d'ordre juridique : G. SCELLE, *La notion d'ordre juridique*, R.D.P., 1944, p. 85 et s., spéc. p. 85 et 86, relatant la conception classique, selon laquelle « l'ordre juridique est l'ensemble des règles de droit en vigueur, à un moment donné, dans une société politique donnée. C'est le "droit positif" de cette société, issu de trois sources formelles : coutume, législation ou réglementation, jurisprudence. Cet ensemble normatif, constructif (procédural) et institutionnel (fonctionnel), gouverne tous les rapports juridiquement sanctionnés entre sujets de droit de la société envisagée » ; G. ROUHETTE, *L'ordre juridique processuel. Réflexions sur le droit du procès*, Mélanges P. RAYNAUD, Dalloz-Sirey, 1985, p. 687 et s. ; C. GRZEGORCZYK, *Ordre juridique comme réalité*, Droits, 2002, n°35, p. 103 et s.

³⁷ H. KELSEN, *Aperçu (...)*, *op. cit.*, §11, p. 572 (l'auteur souligne).

³⁸ Encore que la conception du droit du maître autrichien a évolué au fil du temps, notamment au regard de la contrainte : S. L. PAULSON, *Ce que la Stufenbaulehre de MERKL nous apprend sur le concept de droit de KELSEN*, *in L'architecture du droit*, Mélanges M. TROPER, Economica, 2006, p. 789 et s.

³⁹ H. KELSEN, *Théorie pure (...)*, *op. cit.*, p. 42.

⁴⁰ H. KELSEN, *Aperçu (...)*, *op. cit.*, §12, p. 573. Le droit est un ordre de contrainte parce qu'il ordonne des conduites sous la menace de sanctions, qui sont, *in fine*, physiques.

conception assez répandue⁴¹. Celle-ci a pour intérêt de mettre l'accent sur la particularité de l'ordre juridique au regard des autres ordres sociaux ou normatifs. Elle permet de dissocier le droit des règles religieuses, mais aussi de la morale⁴². Entendue dans le sens de contrainte, la force occupe une place fondamentale dans le droit pour JHERING⁴³. D'après lui, le droit se caractérise sans doute par la force⁴⁴, celle de l'Etat demeurant l'élément fondamental de sa définition⁴⁵. Le doyen CARBONNIER rappelle, de son côté, comment AUBRY et RAU ont défini le droit dans leur célèbre *Cours de droit civil* en 1838 : « Le droit est l'ensemble des préceptes ou règles de conduite à l'observation desquels il est permis d'astreindre l'homme par une coercition extérieure ou physique »⁴⁶. Il ajoute qu' « il faut se rendre à l'évidence pessimiste : c'est le *jus gladii* qui définit le mieux le juridique, non pas un usage actuel du glaive, mais la vocation théorique à en user »⁴⁷.

7. La relativisation de la contrainte dans le droit. La théorie selon laquelle le droit est un ordre de contrainte a pourtant nourri la controverse⁴⁸. La place de la contrainte y a été relativisée⁴⁹. Dans la loi,

⁴¹ Avant Kelsen : E. Kant, *Métaphysique des mœurs*, Première partie, Doctrine du droit, Librairie philosophique J. Vrin, 4^{ème} éd., 1988, préf. M. Villey, trad. A. Philonenko, p. 105 : « Le droit est lié à la faculté de contraindre ». Contemporains ou postérieurs à cet auteur : P. Rouhier, *Théorie (...)*, *op. cit.*, p. 32 ; G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1953, rééd. 2004, Dalloz, présentation D. Gutmann, p. 295 à 301, qui évoque « la coercibilité du droit », « qu'en cas d'inobservance, il est possible de le faire respecter par la force » ; N. Bobbio, *Sur le positivisme juridique*, Mélanges P. Rouhier, t. I, Dalloz-Sirey, 1961, p. 53 et s., spéc. n°4 et 5, p. 58 et 59 ; J.-M. Peritch, *Quelques observations sur le problème des sources du droit et la fonction de la loi*, Mélanges F. Geny, t. II, Librairie Dechemin, 1977, p. 227 et s., not. n°4, p. 231 et 233 ; R. Gassin, *Système et droit*, R.R.J., 1981, p. 353 et s., spéc. p. 353 et 360 ; M. Douchy, *La notion de non-droit*, R.R.J., 1992, p. 433 et s., spéc. p. 437, 438 et 443, ajoutant « la justiciabilité » à la contrainte et affirmant que le droit « a pour axe la contrainte » ; G. Cornu, *Droit civil. Introduction au droit*, Montchrestien, Domat droit privé, 13^{ème} éd., 2007, n°19 et s., même s'il traite aussi bien de la contrainte que de la sanction ; P. Malaurie, P. Morvan, *Introduction au droit*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2012, n°3 et n°43. V. à cet égard, B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, Précis, 1999, n°37. La contrainte se retrouve dans la définition du droit de Carre de Malberg : V. O. Pfersmann, *Carré de Malberg (...)*, *op. cit.*, p. 498.

⁴² V. H. Kelsen, *Théorie (...)*, *op. cit.*, p. 70 ; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1949, n°6, p. 10 et 11, même s'il indique qu'entre la règle morale et la règle juridique, il n'y a aucune différence de domaine, de nature et de but, mais une simple différence de caractère ; F. Terre, R. Seve, *Droit*, Arch. phil. dr., 1990, t. 35, p. 43 et s., spéc. p. 50 et 51. Sur ce point, A. Guigüe, *Autour des méthodes positivistes*, R.R.J., 2006, p. 1175 et s., spéc. n°5, p. 1178 ; G. Cornu, *op. cit.*, n°19, p. 21 et n°23 à 25, p. 23 et 24. V. aussi : D. Bureau, F. Drummond, D. Fenouillet (dir.), *Droit et morale*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011 ; J.-L. Souriooux, *Droit et morale*, in *Par le droit, au-delà du droit*, Ecrits du professeur J.-L. Souriooux, LexisNexis, 2011, p. 353 et s.

⁴³ Jhering est sans doute le plus représentatif, mais de nombreux auteurs ont étudié les rapports entre le droit et la force : V. not., J. Flach, *Le droit de la force et la force du droit*, Sirey, 1915 ; F. Geny, *Justice et force (pour l'intégration de la force dans le droit)*, *Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, Dalloz, 1939, p. 241 et s. ; L. Aulagnon, *Aperçus sur la force dans la règle de droit*, Mélanges P. Rouhier, t. I, Dalloz-Sirey, 1961, p. 29 et s. ; P. Bouretz (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, éd. Esprit, 1991 ; J. Derrida, *Force de loi*, éd. Galilée, 1994.

⁴⁴ Mais la force n'est pas le but du droit selon Jhering : V. P. Coulombel, *Force et but dans le droit selon la pensée juridique de Jhering*, R.T.D.civ., 1957, p. 609 et s., spéc. p. 624 et s. ; J. Hummel, *La volonté dans la pensée juridique de Jhering*, Droits, 1999, n°28, p. 71 et s., spéc. p. 77 à 79.

⁴⁵ Sur ce point : P. Coulombel, *op. cit.*, p. 614, 620 à 623 ; J. Hummel, *op. cit.*, p. 75 et 76.

⁴⁶ V. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, P.U.F., Quadrige, 2^{ème} éd., 2004, p. 325. Rapp., Ed. Picard, *Le droit pur*, *op. cit.*, §23, p. 39 et 40.

⁴⁷ J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 326, qui semble pourtant d'abord émettre des réserves sur ce critère (p. 319 et 320).

⁴⁸ V. not., H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976, trad. M. Van de Kerchove, p. 36 et s. et 71 ; J. Freund, *Qu'est-ce que la politique ?*, Seuil, 1967, p. 136 et 137 ; P. Amselek, *Philosophie du droit et théorie des actes de langage*, in *Théorie des actes, de langage, éthique et droit*, P.U.F., 1986, P. Amselek (dir.), p. 109 et s., not. p. 118 à 120 ; D. De Bechillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 70 et s., évoque « une thèse inopérante » ; M. Tropol, *La théorie (...)*, *op. cit.*, p. 259 et spéc. la note n°2, ainsi que M. Tropol, *La contrainte (...)*, *op. cit.*, p. 9, pour qui la contrainte ne permet de comprendre ni « la structure » du droit, ni « la spécificité de son fonctionnement, ni son efficacité ».

un ordre de raisons constituerait l'essentiel, non celle-ci⁵⁰. Sans discuter de son caractère nécessaire, la règle de droit lui préexisterait⁵¹. Il convient encore de constater l'inflation de règles dépourvues de toute contrainte⁵². Le nombre de directives, recommandations, avis, chartes, lois mémorielles codes de bonne conduite, etc, ne cesse de croître ; au point qu'il est possible de se demander si le droit contemporain privilégie les règles impératives (droit dur, « *hard law* ») ou les règles incitatives (droit mou, droit souple, « *soft law* »)⁵³. Un droit « post-moderne » progresserait⁵⁴. Il se caractériserait par le souci d'obtenir l'adhésion des destinataires de la règle à son contenu⁵⁵. De cette adhésion des individus ou des groupes sociaux, la norme tirerait sa force contraignante⁵⁶. Proche de la morale, celle-ci en resterait différente. La progression de ce droit « socialisé » ou « souple » témoigne d'un recul de la contrainte classique au sein du droit et laisse planer des interrogations⁵⁷. Enfin, on a préféré définir la règle juridique par la sanction, au sens d'un tarif précis, socialement infligé⁵⁸. Mais cette conception a fait l'objet, là aussi, de nombreuses réserves ou critiques⁵⁹.

8. La distinction entre contrainte et sanction. Que le droit se définisse par la contrainte ou la sanction, voire au moyen d'un autre critère⁶⁰, il demeure en tout cas essentiel de distinguer ces deux notions. En caractérisant le droit par la sanction et celle-ci par la contrainte, le courant positiviste,

⁴⁹ F. RUSSO, *Réalité juridique et réalité sociale. Etude sur les rapports entre le droit et la sociologie et sur le rôle du droit dans la vie sociale*, Thèse, Paris, 1942, Sirey, 1942, p. 152 et 153 ; J.-F. PERRIN, *Règle*, Arch. phil. dr., 1990, t. 35, p. 245 et s., not. n°7 et 8, p. 250 et 251 ; C. THIBIERGE, *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit*, R.T.D.civ., 2003, p. 599 et s., spéc. p. 626.

⁵⁰ V. H. BATIFFOL, *La loi et la liberté*, Arch. phil. dr., 1980, t. 25, p. 79 et s., spéc. p. 84, se fondant sur « le caractère foncièrement subsidiaire et éventuel de la sanction ».

⁵¹ En ce sens, F. RUSSO, *op. cit.*, p. 154 à 156.

⁵² Or, comme il l'a été justement relevé, « contester la nécessité du caractère sanctionné de la règle atteint par ricochet l'exigence qu'elle revête un caractère coercitif, contraignant, ce qui contredit l'idée même que la contrainte soit le critère de la règle de droit » : C. THIBIERGE, *op. cit.*, p. 606.

⁵³ L. GRYNBAUM, *La contrainte, garantie de l'accès au droit*, in *La contrainte*, Economica, Etudes juridiques, 2007, L. GRYNBAUM (dir.), p. 3 et s., spéc. p. 6.

⁵⁴ V. not., J. CHEVALLIER, *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*, R.D.P., 1998, p. 659 et s., not. p. 677 et 678. Sur le débat théorique ouvert par le droit souple, C. THIBIERGE, *Rapport de synthèse*, in *Le droit souple*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 141 et s., spéc. p. 148 et l'ensemble de l'ouvrage.

⁵⁵ L. GRYNBAUM, *op. et loc. cit.*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ L. GRYNBAUM, *op. cit.*, p. 19. Sur la question, N. MOLFESSIS, *La distinction du normatif et du non-normatif*, R.T.D.civ., 1999, p. 729 et s. ; P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, 2002, préf. J.-M. JACQUET.

⁵⁸ P. JESTAZ, *La sanction ou l'inconnue du droit*, D., 1986, chron., p. 197 et s. ; J. RIVERO, *Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique*, Mélanges P. RAYNAUD, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675 et s., spéc. p. 676. Rappr., J. ELLUL, *op. cit.*, p. 97 et 98.

⁵⁹ V. not., A. JEAMMAUD, *La règle de droit comme modèle*, D., 1990, chron., p. 199 et s., spéc. n°22 et s., p. 207 et s. ; F. TERRE, *Pitié pour les juristes !*, R.T.D.civ., 2002, p. 247 et s., not. p. 248.

⁶⁰ V. par ex., H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 69 : « Un trait distinctif, si ce n'est le trait distinctif du droit, réside précisément dans la fusion qu'il opère entre plusieurs types de règles » ; M. MIALLE, *Une introduction critique au droit*, Maspero, 1982, p. 97 à 109 ; C. LARROUMET, A. AYNES, *Traité de droit civil*, t. I, Introduction à l'étude du droit, Economica, Corpus droit privé, 6^{ème} éd., 2013, n°55 à 57 ; C. BLANCHARD, *La dispense en droit privé*, éd. Panthéon-Assas, Thèses, 2010, préf. P. CONTE, n°67 et s., p. 78 et s. Pour une approche du concept de droit, parmi une littérature abondante : J.-L. SOURIOUX, *V° Droit*, in *Par le droit, au-delà du droit*, Ecrits du professeur J.-L. SOURIOUX, LexisNexis, 2011, p. 165 et s. ; R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit* : présentation de l'ouvrage (préc.) et, plus généralement, le dossier consacré au Dalloz, 2014, p. 984 et s. Le droit est « le discours émanant d'une collectivité, par lequel elle exprime ses valeurs afin de garantir la cohésion sociale ».

dominant au XX^e siècle, a entretenu cette confusion⁶¹. KELSEN les a en effet largement confondues⁶². Cette thèse a toutefois été remise en cause, d'abord en montrant l'inadéquation de la définition de la sanction par la contrainte⁶³, puis en soulignant l'inaptitude de la « sanction-contrainte » à caractériser le droit⁶⁴. La contrainte a été perçue comme une notion floue et insaisissable. Incapable de définir la sanction, elle ne saurait de surcroît embrasser toutes les normes juridiques. Au sens large, la sanction juridique s'entend de « toute atteinte portée à la situation juridique d'un sujet de droit, soit par constitution d'obligations nouvelles, soit par déchéance de droits, en conséquence de la violation d'une obligation »⁶⁵, ou encore de « l'effet prévu par le droit à la suite de la violation d'un devoir, d'une prescription »⁶⁶. Si, à titre exceptionnel, la sanction renvoie à une situation favorable, telle une récompense⁶⁷, elle rime d'ordinaire avec mal ou souffrance et prend la forme de la nullité des actes juridiques ou des dommages-intérêts en droit civil et des peines en droit pénal⁶⁸.

9. Il existe sans aucun doute un lien tangible entre la contrainte et la sanction en droit. A cet égard, il a été écrit que « la théorie de la contrainte s'est donnée un complément naturel dans la théorie des sanctions »⁶⁹. Définissant la sanction pénale, la doctrine ne l'a-t-elle pas regardée comme « la mesure contraignante infligée par une juridiction répressive »⁷⁰ ? Il a été écrit que « la peine proprement dite est une contrainte singulière », même si « par le particularisme de sa nature, plutôt répressive que contraignante, la peine peut sembler s'éloigner de la contrainte et spécialement de sa fonction de

⁶¹ Sur ce point, C.-A. MORAND, La sanction, Arch. phil. dr., 1990, t. 35, p. 293 et s., spéc. p. 295 à 298. L'auteur dénonce notamment les idées de JHERING et de KELSEN.

⁶² Par ex., H. KELSEN, Théorie (...), *op. cit.*, p. 70. Dans certains passages, KELSEN a pourtant donné l'impression de bien dissocier les deux notions, en distinguant la sanction de l'exécution forcée : V. à cet égard, G. VLACHOS, Quelques considérations sur le droit et la sanction, in La technique et les principes du droit public, Etudes en l'honneur de G. SCHELLE, t. 2, L.G.D.J., 1950, p. 585 et s., spéc. p. 604 et 605. Pour d'autres exemples d'assimilation de la contrainte à la sanction : F. RUSSO, *op. cit.*, p. 153 ; J. FREUND, *op. cit.*, p. 130. Adde, H. ROLAND, L. BOYER, Introduction au droit, Litec, Traités, 2002, n°76.

⁶³ C.-A. MORAND, *op. cit.*, p. 298 et s.

⁶⁴ C.-A. MORAND, *op. cit.*, p. 300 et s. Sur cette insuffisance : C. LARROUMET, A. AYNES, *op. cit.*, n°31 et s. ; F. TERRE, Introduction générale au droit, Dalloz, Précis, 9^{ème} éd., 2012, n°45 et s.

⁶⁵ M. VIRALLY, La pensée juridique, éd. Panthéon-Assas, Les introuvables, L.G.D.J., 1998, avant-propos de P.-M. DUPUY et C. LEBEN, p. 71.

⁶⁶ C.-A. MORAND, *op. cit.*, p. 304.

⁶⁷ Sur la question, J. CARBONNIER, Sociologie (...), *op. cit.*, p. 330 : « On ne quitte pas pour autant la contrainte, car refuser, même silencieusement, une récompense à qui croit l'avoir méritée, c'est indirectement le contraindre ».

⁶⁸ Pour d'autres approches de la sanction : J. CARBONNIER, *op. et loc. cit.* ; J.-H. ROBERT, Les sanctions (...), *op. cit.*, p. 33 et s.

⁶⁹ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 323 ; J.-C. BAYON, Sanction, in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, A.-J. ARNAUD (dir.), L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1993, p. 536 et s., not. n°3.

⁷⁰ J.-C. SOYER, Une certaine idée du droit... de la sanction pénale, in Une certaine idée du droit, Mélanges A. DECOCQ, Litec, 2004, p. 557 et s., spéc. n°2, p. 557. V. aussi, L. LERNELL, Réflexions sur l'essence de la peine privative de liberté. De certains aspects psychologiques et philosophiques de la peine de prison, in Etudes en l'honneur de J. GRAVEN, Librairie de l'Université de Genève, 1969, p. 91 et s., not. n°1, p. 91 ; C.-A. MORAND, *op. cit.*, p. 299, pour qui la contrainte peut être « un concept précis qui exprime le point extrême de la répression, le moment où l'homme est mis hors d'état d'agir ». S'agissant des sanctions civiles, la doctrine y voit à la fois les moyens de contrainte, par lesquels on s'efforce d'obtenir le respect des droits, et les modes de réparation ou de punition utilisés en cas d'irrespect de ces droits : F. TERRE, Introduction générale (...), *op. cit.*, n°705 et s. ; J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 42, distinguant entre les sanctions infligées par le recours à la force et celles infligées sans le recours direct à la force.

garante de l'ordre social »⁷¹. La nouvelle peine de « contrainte pénale », aménagée par la loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, apparaît symptomatique de la confusion entretenue entre les deux notions⁷². En dépit de leur rapport manifeste, celles-ci doivent pourtant être distinguées. L'étude de la coercition ayant peu intéressé la doctrine⁷³, sa confusion fréquente avec la répression doit être mise en exergue⁷⁴. M. BUISSON, suivi par d'autres auteurs, n'a cessé de le souligner⁷⁵. La contrainte renvoie à l'exécution, plus précisément à l'exécution forcée, ce qui l'éloigne de la sanction. Celle-ci peut donc exister sans recours à la contrainte⁷⁶. A l'inverse, il peut y avoir usage de la contrainte indépendamment de toute idée de sanction⁷⁷. Rapprochée de la notion d'exécution forcée, la contrainte permet une exécution « *manu militari* ». « "Violence" légalisée, légitimée par ses objectifs : la paix et la sécurité, ou (...) la coexistence et une moins grande insécurité », elle est « pouvoir d'imposer »⁷⁸. En droit pénal, une

⁷¹ V. DAVID, « *Au-delà des bornes, il y a la limite* ». Esquisse d'une articulation de la force et du droit, R.P.D.P., 2004, p. 361 et s., spéc. p. 387. Rapp., M. FOUCAULT, Surveiller et punir. Naissance de la prison, 1975, Gallimard, Bibl. des histoires, 1993, p. 132, 134 et 310 ; J. DABIN, Théorie générale (...), *op. cit.*, n°33, p. 46.

⁷² J.O. du 17 août 2014, p. 13647 ; V. PELTIER, Les « boîtes à outils » de Madame TAUBIRA. A propos de la loi du 15 août 2014, J.C.P., 2014, 883, spéc. le 2° ; J. PRADEL, Un législateur bien imprudent. A propos de la loi n°2014-896 du 15 août 2014, J.C.P., 2014, Etude, 952, not. n°19 et s. ; J.-H. ROBERT, Punir dehors. Commentaire de la loi n°2014-896 du 15 août 2014, Dr. pénal, 2014, Etude n°16, not. n°22 et s. L'article 19 de la loi insère un article 131-4-1 dans le Code pénal, qui définit cette nouvelle peine de contrainte pénale, jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel (C.C., 7 août 2014, n°2014-696 DC, J.O. du 17 août 2014, p. 13659, cons. 11, 12, 15, 18, 23 et 24). Elle « emporte pour le condamné l'obligation de se soumettre, sous le contrôle du juge de l'application des peines, pendant une durée comprise entre six mois et cinq ans et qui est fixée par la juridiction, à des mesures de contrôle et d'assistance ainsi qu'à des obligations et interdictions particulières destinées à prévenir la récidive en favorisant son insertion ou sa réinsertion au sein de la société ». Peine alternative à l'emprisonnement, elle devrait concerner tous les délits à partir du 1^{er} janvier 2017. Elle vise « à assurer un "suivi" renforcé de certains délinquants dont le profil révèle qu'ils en ont besoin pour éviter le risque de réitération de l'infraction » : V. PELTIER, *op. et loc. cit. Adde*, H. MATSOPOULOU, La nouvelle peine de « contrainte pénale » est-elle nécessaire ?, J.C.P., 2013, 1153.

⁷³ V. toutefois, M. HAURIOU, Précis de droit administratif et de droit public, Sirey, 12^{ème} éd., 1933, rééd. 2002, Dalloz, présentation P. DELVOLVE et F. MODERNE, p. 578, où il définit la coercition administrative comme « l'emploi direct, par l'autorité administrative, de la force publique ou de la force armée pour obtenir un certain résultat de fait (arrestation, dispersion de rassemblement, expulsion, perquisition dans un domicile, fermeture d'un débit de boissons, prise de possession de locaux...) ; le tout pour assurer l'exécution de mesures administratives prises en exécution de lois et règlements, mais non pas en exécution de décisions de justice ». Il avait pris soin, en outre, de distinguer la coercition de la répression pénale dans la note n°33.

⁷⁴ Pour des exemples de confusion des notions : E. PICARD, La notion de police administrative, 2 tomes, L.G.D.J., 1984, Bibl. dr. public, t. 146, préf. R. DRAGO, t. 1, n°57, p. 91 et t. 2, n°419, p. 766 ; G. DELLIS, Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, L.G.D.J., 1997, Bibl. dr. public, t. 184, préf. Y. GAUDEMET, n°45 et s., p. 31 et s., employant même l'expression d'« acte coercitif » pour évoquer la sanction pénale ; P. TRUCHE, La déontologie de la sécurité, in Libertés, justice, tolérance, Mélanges G. COHEN-JONATHAN, 2 vol., Bruylant, 2004, vol. 2, p. 1587 et s., spéc. p. 1589 (assimilation de la peine à une « mesure de contrainte »).

⁷⁵ Avec raison, il a toujours insisté dans ses travaux sur la distinction entre contrainte et répression en s'appuyant notamment sur les écrits de MOMMSEN : J. BUISSON, L'acte de police, Thèse, Lyon III, 1988, p. 299 et s. ; J. BUISSON, Les leçons de l'histoire sur la notion de police judiciaire, in Une certaine idée du droit, Mélanges A. DECOCQ, Litec, 2004, p. 33 et s., spéc. p. 42 ; J. BUISSON, La contrainte, in Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges S. GUINCHARD, Dalloz, 2010, p. 915 et s. ; V. aussi, N. FERREIRA, La coercition en droit public français, Thèse, Paris I, 2 tomes, 2000, p. 161 à 166. ; C. THIBIERGE, Le droit souple (...), *op. cit.*, p. 599 et s., spéc. p. 605 ; A.-M. LEROYER, M. NICOD, La contrainte en droit de la famille, in La contrainte, Economica, Etudes juridiques, 2007, L. GRYNBAUM (dir.), p. 103 et s., not. p. 104.

⁷⁶ Tel est le cas des sanctions pécuniaires, des sanctions purement juridiques, comme la déchéance de droits, la nullité d'actes juridiques, etc.

⁷⁷ Ainsi des mesures destinées à prévenir la violation des obligations ou de certains actes de la procédure pénale : garde vue, détention provisoire, perquisition, etc. Sur ce point, M. VIRALLY, La pensée (...), *op. cit.*, p. 69 et 70. *Adde*, S. GOYARD-FABRE, Essai de critique phénoménologique du droit, Thèse, Paris, 1970, Librairie Klincksieck, 1972, p. 255.

⁷⁸ M. DOUCHY, La notion (...), *op. cit.*, p. 437. Sur la distinction entre sanction et contrainte et pour l'analyse de celle-ci : J. DABIN, *op. cit.*, n°27, p. 41 et 42, n°30, p. 43 et 44, caractérisant la contrainte juridique par son aspect « matériel » ou

distinction subsiste entre la détention provisoire, acte coercitif, et la peine privative de liberté constitutive d'une sanction pénale⁷⁹.

10. Notions de peine, punition, répression et sanction ayant le caractère d'une punition. Cette esquisse de la contrainte paraît primordiale afin de la différencier de la sanction, mais aussi de ses sous-catégories : la peine et la punition⁸⁰. Le risque de la confondre avec la répression pénale⁸¹, dont la fonction première est connue⁸², naît dans un cas précis. Au même titre que certaines peines spécifiques, notamment l'interdiction du territoire français décidée à l'encontre d'un étranger coupable d'un crime ou d'un délit⁸³, le prononcé d'une peine d'emprisonnement (ou de réclusion ou détention criminelle) se traduit par l'exercice d'une contrainte physique à l'égard du condamné⁸⁴. Il en va autrement en cas d'amende, de jours-amende, d'interdiction des droits civiques, civils et de famille, du retrait de points du permis de conduire⁸⁵ ou de certaines peines privatives ou restrictives de liberté prévues à l'article 131-6 du C.P.⁸⁶.

11. En droit européen, la notion de peine contenue à l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales possède une portée autonome⁸⁷. L'interprétation dite autonome permet de dépasser l'opposition du droit interne afin d'assurer l'applicabilité du droit

physique, et non pas simplement psychologique, ainsi que par son aspect « organisé et technique » ; P. JESTAZ, La sanction ou (...), *op. cit.*, p. 199 et 200 ; J.C.B., *op. cit.*, n°5 p. 538.

⁷⁹ Dans le même sens, R. KOERING-JOULIN, P. TRUCHE, Retour sur le champ « pénal » européen..., Mélanges L.-E. PETTITI, Bruylant, 1998, p. 513 et s., spéc. p. 528 et 529 ; C.-A. MORAND, La sanction, *op. cit.*, p. 308 et 309.

⁸⁰ Comme il l'a été écrit, « la sanction ne saurait être ramenée à la peine (...). Si toute peine est une sanction, il y a bien d'autres sanctions que les peines. L'idée de sanction implique qu'une règle n'a pas été observée et les sanctions sont multiples selon les règles » : C. LARROUMET, A. AYNES, Traité (...) t. I, *op. cit.*, n°3. La peine demeure une espèce particulière de sanction. Sur l'identification de la notion de sanction pénale : E. BONIS-GARÇON, L'identification de la sanction pénale. Le point de vue du pénaliste, in Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal, Cujas, Actes & études, 2013, F. HOURQUEBIE et V. PELTIER (dir.), p. 145 et s.

⁸¹ Rapp., sur la notion de condamnation pénale : S. DETRAZ, La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle, Rev. sc. crim., 2008, doctr., p. 41 et s., not. n°5, p. 43.

⁸² Pour les peines privatives de liberté : C.C., 20 janv. 1994, n°93-334 DC, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*, Rec., p. 27, cons. 12 ; C.C., Q.P.C., 14 juin 2013, n°2013-320/321, *M. Yacine T. et autre*, J.O. du 16 juin 2013, p. 10025, cons. 5. V. en outre, art. 130-1 du C.P., créé par l'article 1^{er} de la loi n°2014-896 du 15 août 2014, préc., rappelant que la peine a pour fonctions de « sanctionner l'auteur de l'infraction » et de « favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion ». Sur les peines : J.-L. BERGEL, Une problématique des sanctions pénales ?, in Sciences pénales et sciences criminologiques, Mélanges R. GASSIN, P.U.A.M., 2007, p. 89 et s.

⁸³ Art. 131-30 et s. du C.P. Cette peine entraîne de plein droit la reconduite à la frontière du condamné, bref l'exécution d'une contrainte physique sur sa personne.

⁸⁴ Le « succès de la peine d'emprisonnement » a été expliqué. Les peines alternatives ne seraient pas « *a priori* répressives mais plutôt préventives », ce qui resterait « l'une des causes de leur échec » : D. REBUT, Propositions concernant les peines de substitution aux peines de prison, in Réflexions sur l'efficacité de la sanction pénale, Economica, 2003, préf. H. DE CHARETTE et M. DOMINGO, p. 37 et s., spéc. p. 38.

⁸⁵ Art. L. 223-1 et s. du Code de la route, modifiés par la loi n°2011-267 du 14 mars 2011. V. A.-S. CHAVENT, La proportionnalité et le droit pénal général, Thèse, Lyon III, 2002, n°340, p. 269 et 270.

⁸⁶ Encore qu'il soit possible de s'interroger sur certaines d'entre-elles, par exemple l'interdiction de paraître dans certains lieux déterminés par la juridiction, ou même s'agissant des peines complémentaires encourues pour certains crimes ou délits emportant injonction de soins ou obligation de faire, comme l'énonce l'article 131-10 du C.P.

⁸⁷ Pour une approche complète de la peine en droit européen : E. GARÇON, V. PELTIER, Droit de la peine, Litec, Manuel, 2010, n°88 et s.

garanti et d'éviter ainsi de tourner la Convention⁸⁸. La Cour européenne des droits de l'homme adopte une conception matérielle et non formelle des notions à définir⁸⁹. Elle retient une acception extensive du concept en cause, qui dépasse le sens d'ordinaire donné à celui-ci en droit national. Pour apprécier si une mesure consiste en une peine⁹⁰, elle recherche si elle est imposée à la suite d'une condamnation pour une « infraction », puis examine la nature et le but de ladite mesure (prévention, réparation, répression), sa qualification en droit interne, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité⁹¹.

12. A côté de « la peine » *stricto sensu*, les juges constitutionnel et européen ont élaboré une notion de sanction punitive autonome au regard des qualifications juridiques traditionnelles⁹². Malgré la référence du Conseil constitutionnel à la « sanction ayant le caractère d'une punition », le concept se révèle identique⁹³. Trois critères semblent permettre de l'identifier : la nature formelle de la sanction, son but et sa sévérité⁹⁴. Les garanties de « la matière pénale », dont les critères recourent ceux de la sanction punitive, s'appliquent alors⁹⁵. A titre d'exemple, ont reçu la qualification de sanctions ayant le caractère d'une punition, soumises à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du

⁸⁸ V. CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres / Pays-Bas*, n°5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, §81.

⁸⁹ V. not., CEDH, 28 juin 1978, *König / Allemagne*, n°6232/73, §88 et 89.

⁹⁰ La Cour de Strasbourg doit donc aller au-delà des apparences et apprécier elle-même si une mesure particulière s'analyse au fond en une peine au sens de l'article 7 de la Convention : CEDH, 9 fév. 1995, *Welch / Royaume-Uni*, n°17440/90, §27 ; J.C.P., 1996, I, 3910, n°29, obs. F. SUDRE ; Rev. sc. crim., 1996, p. 470, obs. R. KOERING-JOULIN ; CEDH, 17 déc. 2009, *M. / Allemagne*, n°19359/04, §120.

⁹¹ CEDH, 9 fév. 1995, *Welch / Royaume-Uni*, préc., §28 (ordonnance de confiscation) ; CEDH, 8 juin 1995, *Jamil / France*, n°11/1994/458/539, §31 (ancienne contrainte par corps) ; D., 1996, somm. comm., p. 197, obs. J.-F. RENUCCI ; J.C.P., 1996, II, 22677, note G. BOURDEAUX ; Rev. sc. crim., 1996, p. 471, obs. R. KOERING-JOULIN ; CEDH (Gr. ch.), 12 fév. 2008, *Kafkaris / Chypre*, n°21906/04, §142 ; J.C.P., 2008, I, 167, n°12, obs. F. SUDRE ; Rev. sc. crim., 2008, p. 700, obs. D. ROETS ; CEDH, 17 déc. 2009, *M. / Allemagne*, préc., §120 (détention de sûreté) ; J.C.P., 2010, act., 63, obs. F. SUDRE ; J.C.P., 2010, Note, 334, note M. GIACOPELLI ; D., 2010, act., p. 209, obs. M. LENA ; A.J. pénal, 2010, jurisp., p. 129, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; Rev. sc. crim., 2010, p. 228, n°3 et p. 236, n°6, obs. D. ROETS. La Cour précise aussi que la gravité de la mesure « n'est toutefois pas décisive en soi, puisque de nombreuses mesures non pénales de nature préventive peuvent avoir un impact substantiel sur la personne concernée ».

⁹² A ce sujet : J. FARINA-CUSSAC, La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison), Rev. sc. crim., 2002, doctr., p. 517 et s.

⁹³ V. C.C., 30 déc. 1982, n°82-155 DC, *Loi de finances rectificative pour 1982*, Rec., p. 88, cons. 33 ; C.C., 30 déc. 1987, n°87-237 DC, *Loi de finances pour 1988*, Rec., p. 63, cons. 15 ; C.C., 13 août 1993, n°93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Rec., p. 224, cons. 48 ; C.C., 8 déc. 2005, n°2005-527 DC, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, Rec., p. 153, cons. 12 ; C.C., 21 fév. 2008, n°2008-562 DC, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, Rec., p. 89, cons. 8 et 9 ; C.C., 9 juin 2011, n°2011-631 DC, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, J.O. du 17 juin 2011, p. 10306, cons. 52 ; C.C., Q.P.C., 4 mai 2012, n°2012-239, *Mme Ileana A.*, J.O. du 5 mai 2012, p. 8014, cons. 3 ; C.C., Q.P.C., 12 oct. 2012, n°2012-280, *Société Groupe Canal Plus et autre*, J.O. du 13 oct. 2012, p. 16031, cons. 16.

⁹⁴ Le Haut conseil et le juge européen utilisent globalement les mêmes critères : J. FARINA-CUSSAC, *op. cit.*, n°3 p. 520.

⁹⁵ V. CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres / Pays-Bas*, préc. ; CEDH, 21 fév. 1984, *Öztürk / Allemagne*, n°8544/79, §48 et s. Sur les rapports entre la peine de l'article 7 de la Convention et la matière pénale, V. F. MASSIAS, Le champ pénal européen selon la Cour européenne des droits de l'homme : interprétation autonome et applicabilité des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, in *Le champ pénal*, Mélanges R. OTTENHOF, Dalloz, 2006, p. 89 et s., spéc. p. 107 à 109. Plus généralement sur la matière pénale : M. DELMAS-MARTY et *alii*, La « matière pénale » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal, Rev. sc. crim., 1987, p. 819 et s., spéc. p. 823 et 826. A partir des décisions rendues par les instances européennes, l'étude fait ressortir trois critères principaux pour saisir la notion autonome de « matière pénale » : la qualification de l'infraction d'après la technique juridique interne, la nature même de l'infraction et la sévérité de la sanction (V. aussi, J. FARINA-CUSSAC, *op. cit.*, n°3, p. 518).

citoyen de 1789⁹⁶, la révocation des fonctions de maire⁹⁷, une majoration fiscale⁹⁸ ou une décision administrative de retrait d'indemnité⁹⁹. Les mesures auxquelles sont assignés des objectifs différents de ceux de la sanction pénale ne relèvent pas, en revanche de cette catégorie : l'interdiction de retour imposée à un étranger assortie, le cas échéant, de l'obligation de quitter le territoire¹⁰⁰, l'indemnité légale pour travail dissimulé¹⁰¹, la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté¹⁰², le retrait d'un crédit de réduction de peine en cas de mauvaise conduite du condamné¹⁰³, etc. Nul doute que le champ d'application de ces sanctions dépasse le champ du droit pénal¹⁰⁴. Quoi qu'il en soit, la contrainte ne se confond ni avec la sanction pénale ni, au demeurant, avec les répressions administrative¹⁰⁵, disciplinaire¹⁰⁶, douanière ou fiscale.

13. Le concept de mesure de sûreté. A l'image des peines et des sanctions possédant le caractère d'une punition, les mesures de sûreté présentent un aspect contraignant. Elles se démarquent pourtant de la contrainte, dans la mesure où elles correspondent aussi à des sanctions pénales¹⁰⁷, du moins à des sanctions « à coloration pénale »¹⁰⁸. Appartenant à la même catégorie que la peine, la mesure de sûreté s'en sépare eu égard à ses traits dominants : une fonction de prévention et la dangerosité du délinquant¹⁰⁹. Elle forme « le reflet inversé de la peine puisqu'elle n'est pas une punition d'une faute

⁹⁶ Corollaire du principe de la légalité des délits et des peines, la non-rétroactivité de la loi plus sévère s'applique aux « punitions » de caractère non pénal prononcées par les autorités administratives. V. B. DE LAMY, Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, C.C.C., 2009, n°26, p. 16 et s.

⁹⁷ C.C., Q.P.C., 13 janv. 2012, n°2011-210, *M. Ahmed S.*, J.O. du 14 janv. 2012, p. 753, cons. 5.

⁹⁸ C.C., Q.P.C., 10 fév. 2012, n°2011-220, *M. Hugh A.*, J.O. du 11 fév. 2012, p. 2441, cons. 3. *Adde*, C.C., Q.P.C., 4 mai 2012, n°2012-239, préc., cons. 5.

⁹⁹ C.C., Q.P.C., 20 juill. 2012, n°2012-266, *M. Georges R.*, J.O. du 21 juill. 2012, p. 12001, cons. 5.

¹⁰⁰ C.C., 9 juin 2011, n°2011-631 DC, préc., cons. 52 (qualification de mesure de police).

¹⁰¹ C.C., Q.P.C., 25 mars 2011, n°2011-111, *Mme Selamet B.*, J.O. du 26 mars 2011, p. 5407, cons. 4.

¹⁰² C.C., 21 fév. 2008, n°2008-562 DC, préc., cons. 9. S'agissant de la rétention de sûreté, le juge européen la qualifie, au contraire, de peine : CEDH, 17 déc. 2009, *M. / Allemagne*, préc. ; CEDH, 14 avril 2011, *Jendrowiak / Allemagne*, n°30060/04 (en anglais), §46 à 49 ; CEDH, 24 nov. 2011, *O.H. / Allemagne*, n°4646/08 (en anglais), §103 à 108.

¹⁰³ C.C., Q.P.C., 11 juill. 2014, n°2014-408, *M. Dominique S.*, J.O. du 13 juill. 2014, p. 11815, cons. 7 ; D., 2014, p. 1500.

¹⁰⁴ Pour le même constat : J.-F. DE MONTGOLFIER, L'apport de la jurisprudence du Conseil constitutionnel au critère de la peine, *in* Droit pénal : le temps des réformes, Litec, 2011, p. 231 et s., not. p. 232. Sur ces différentes notions : B. DE LAMY, Mesures ayant le caractère d'une punition, mesure préventive et... peine perdue, *Rev. sc. crim.*, 2013, chron., p. 433 et s.

¹⁰⁵ Pour une définition : J. MOURGEON, La répression administrative, L.G.D.J., 1967, *Bibl. dr. public*, t. 75, préf. O. DUPEYROUX, n°94, p. 129 et 130. Sur l'affirmation du pouvoir de l'administration d'infliger des sanctions : V. C.C., 28 juill. 1989, n°89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, *Rec.*, p. 71, cons. 6 (pouvoir de sanction de la C.O.B.), la décision précisant que la sanction infligée doit être exclusive de toute privation de liberté. *Adde*, H. G. HUBRECHT, La notion de sanction administrative, *Petites affiches*, 17 janv. 1990, p. 6 et s., spéc. p. 7 et 8.

¹⁰⁶ La Cour européenne contrôle la qualification des sanctions. En droit pénitentiaire, elle a qualifié de « pénale » une condamnation à des jours de détention supplémentaires, s'attachant à cerner la réalité de la situation : CEDH (Gr. ch.), 9 oct. 2003, *Ezeh et Connors / Royaume-Uni*, n°39665/98 et 40086/98, §130 ; A.J.D.A., 2004, p. 536, obs. J.-F. FLAUSS.

¹⁰⁷ Cette opinion est courante : V. C. BARBERGER, Personnalisation et/ou égalité dans la privation de liberté. Peines et mesures de sûreté dans l'avant-projet de Code pénal et dans le Code de procédure pénale, *Rev. sc. crim.*, 1984, *doctr.*, p. 19 et s., p. 19 et 21 ; R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, *Droit pénal général*, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, n°653 ; S. DETRAZ, La notion (...), *op. cit.*, n°37, p. 55.

¹⁰⁸ E. GARÇON, V. PELTIER, *op. cit.*, n°13, 15 et 69. Ainsi « peine de droit interne et mesure de sûreté ne seraient que les deux faces d'une même notion européenne, celle de peine au sens de l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (n°115).

¹⁰⁹ V. R. SCHMELCK, La distinction entre la peine et la mesure de sûreté, *in* La chambre criminelle et sa jurisprudence, *Recueil d'études à la mémoire de M. PATIN*, Cujas, 1965, p. 181 et s., où il recense quatre différences entre la peine et la mesure de sûreté ; L. JIMENEZ DE ASUA, La mesure de sûreté. Sa nature et ses rapports avec la peine, *Rev. sc. crim.*, 1954, p. 21 et s. ; J. VERIN, Les rapports entre la peine et la mesure de sûreté, *Rev. sc. crim.*, 1963, p. 529 et s.

pénale et ne repose donc pas sur la culpabilité de son auteur, mais sur un état dangereux qu'elle a pour vocation de faire cesser pour l'avenir »¹¹⁰. Dans sa décision relative à la rétention de sûreté, le juge constitutionnel a souligné le critère propre à la mesure de sûreté. Sa finalité demeure « la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle »¹¹¹ ; tandis que la peine se caractérise, selon la Cour de Strasbourg, par « le caractère général de la norme » sanctionnée et « le but à la fois préventif et répressif de la sanction »¹¹². Si la différence entre la mesure de sûreté et la peine se conçoit d'un point de vue intellectuel, la première pouvant d'ailleurs compléter ou suppléer la seconde, il faut avouer que certaines sanctions qualifiées de « peines » par la loi, telles les peines restrictives de droits énoncées à l'article 131-6 du Code pénal, s'analysent davantage en des mesures de sûreté¹¹³ et vice versa¹¹⁴.

14. La distinction entre contrainte et violence. Non seulement la contrainte apparaît trop souvent confondue avec la sanction ou la répression, mais il lui arrive de surcroît d'être assimilée à la violence, « l'accoucheuse des sociétés » selon la fameuse formule de MARX¹¹⁵. Pour évoquer la force de l'Etat, Max WEBER n'a-t-il pas employé l'expression de « violence légitime »¹¹⁶ ? Il faut se rendre à l'évidence : « la notion de contrainte dans la théorie sociologique est assez analogue à celle de violence en droit privé : même glissement du physique au psychologique, même tendance à trouver une récapitulation dans la notion de crainte. Le pouvoir étale sa force, comme une menace, pour n'avoir pas à s'en servir »¹¹⁷. Ces notions semblent également proches en droit civil ou pénal. La contrainte empêche l'engagement car elle dissout la volonté en droit des contrats¹¹⁸. Elle est entendue au sens de violence dans ce cas. A cet égard, il n'y a point de consentement valable, aux termes de l'article 1109 du Code civil, s'il « n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou

¹¹⁰ E. GARÇON, V. PELTIER, *op. cit.*, n°10. Rapp., A. DECOCQ, Droit pénal général, Armand Colin, coll. U, 1971, p. 15.

¹¹¹ C.C., 21 fév. 2008, n°2008-562 DC, préc., cons. 13 ; J.-F. DE MONTGOLFIER, *op. cit.*, p. 237, qui appréhende les mesures de sûreté comme des « mesures préventives par lesquelles on "s'assure" d'une personne, soit, plus largement, des mesures de police destinées à la "sûreté" publique ».

¹¹² CEDH, 21 fév. 1984, *Öztürk / Allemagne*, préc., §53. V. J.-H. ROBERT, La détermination de la peine par le législateur et par le juge, *in* Droit pénal : le temps des réformes, Litec, 2011, p. 241 et s., p. 243 et 244, faisant remarquer que « le Conseil constitutionnel n'a jamais défini ni la matière pénale ni même la peine ». Le juge constitutionnel a néanmoins dégagé un « critère commun finaliste : tout ce qui n'a pas de finalité répressive n'est pas une peine » : J.-F. DE MONTGOLFIER, *op. cit.*, p. 236.

¹¹³ En ce sens, D. REBUT, Propositions (...), *op. cit.*, p. 38. Il s'agit de l'interdiction professionnelle, celle d'émettre des chèques, la confiscation du permis de conduire, etc, leur objectif étant d'empêcher la récidive. Rapp., J.-L. BERGEL, Une problématique (...), *op. cit.*, p. 91.

¹¹⁴ Dans le même sens : E. GARÇON, V. PELTIER, *op. cit.*, n°13 et n°64 à 69 : « Cette coloration pénale de la mesure de sûreté entretient l'ambiguïté qui entoure la distinction peine/mesure de sûreté, d'autant plus que certaines peines ont tous les traits de mesures de sûreté et que certaines mesures de sûreté sont par ailleurs des peines ».

¹¹⁵ V. F. TERRE, Sur le phénomène de la violence, *Arch. phil. dr.*, 1999, t. 43, p. 243 et s., spéc. p. 248. Sur la violence en général : M. MARZANO (dir.), Dictionnaire de la violence, P.U.F., Quadrige, 2011 ; R. GIRARD, La violence et le sacré, 1972, Paris, Grasset.

¹¹⁶ Pour d'autres auteurs ayant assimilé contrainte/coercition et violence : P. BOURDIEU, La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique, Actes de la recherche en sciences sociales, sept. 1986, n°64, p. 3 et s., not. p. 3 et 12 ; A. PHILONENKO, Introduction dans l'ouvrage de E. KANT, Métaphysique des mœurs, *op. cit.*, p. 36.

¹¹⁷ J. CARBONNIER, Sociologie (...), *op. cit.*, p. 329.

¹¹⁸ L. AYNES, La contrainte en droit des contrats, *in* La contrainte, Economica, Etudes juridiques, 2007, L. GRYNBAUM (dir.), p. 35 et s., not. n°8 à 21, p. 37 à 41, précisant que seule la contrainte « accidentelle » et « irrésistible » est prise en considération (n°14).

surpris par dol ». Constitutive d'un vice du consentement¹¹⁹, la violence trouve son corollaire dans la notion de contrainte économique¹²⁰. S'agissant du droit des biens, l'article 2263 du même Code dispose que « les actes de violence ne peuvent fonder non plus une possession capable d'opérer la prescription. La possession utile ne commence que lorsque la violence a cessé ».

15. En droit pénal de fond, il paraît davantage aisé, depuis peu, d'opérer une distinction entre contrainte et violence. La première caractérise l'un des éléments constitutifs des infractions de viol et d'agression sexuelle au même titre que la surprise, la menace ou la violence. Ajouté par une loi du 8 février 2010 relative à l'inceste¹²¹, l'article 222-22-1 du Code pénal définit la contrainte dont fait l'objet la victime de telles infractions. D'après ce texte, « la contrainte prévue par le premier alinéa de l'article 222-22 peut être physique ou morale. La contrainte morale peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime ». Donnée dans le cadre des infractions sexuelles, cette définition ne vaut pas pour la contrainte au sens technique ou force majeure¹²², cause d'irresponsabilité pénale¹²³. Elle permet certes de la distinguer de la violence, mais la distinction s'avère peu évidente. Les deux notions se recourent dans une large mesure en droit pénal. Généralement évoquée au pluriel, la violence prend l'acception d'un acte d'agression attentatoire à l'intégrité physique ou psychique d'un individu contre lequel il est dirigé, et qui peut être érigé en infraction principale¹²⁴, constituer une circonstance aggravante de certaines infractions, tel le vol¹²⁵, etc¹²⁶.

¹¹⁹ L'article 1111 du Code civil énonce que « la violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite ». Et l'article 1112 de préciser : « Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent ».

¹²⁰ V. Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, Bull. civ., I, n°169 (rattachement à la violence et non à la lésion). La notion de contrainte (ou violence) économique a été définie comme « l'exploitation ou la menace exercée sur les intérêts purement économiques d'une personne pour obtenir un consentement qu'elle n'aurait pas donné spontanément » : Y.-M. LAITHIER, Remarques sur les conditions de la violence économique (2 parties), Petites affiches, 22 nov. 2004, p. 6 et s. et 23 nov. 2004, p. 5 et s., spéc. n°1, p. 6.

¹²¹ Loi n°2010-121 du 8 fév. 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, J.O. du 9 fév. 2010, p. 2265 ; Rev. sc. crim., 2010, p. 462, n°14, obs. P. BONFILS ; A. LEPAGE, Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010, J.C.P., 2010, Etude, 335, spéc. n°7 à 9 (contrainte). Toutefois, l'incrimination de l'inceste a fait l'objet d'une censure : C.C., Q.P.C., 16 sept. 2011, n°2011-163, *M. Claude N.*, J.O. du 17 sept. 2011, p. 15600. V. alors, Cass. crim., 12 oct. 2011 (3 arrêts), Bull. crim., n°206, 207 et 208. V. art. 222-31-2 du C.P., modifié par la loi n°2013-711 du 5 août 2013.

¹²² Il y a identité de nature entre la force majeure du droit civil et la contrainte du droit pénal, laquelle peut être morale ou physique. On souligne que « la contrainte extérieure au droit est traditionnellement subie, sous la forme de la force majeure » (L. GRYNBAUM, La contrainte (...) *op. cit.*, p. 9). L'imprévisibilité et surtout l'irrésistibilité de celle-ci en forment les caractères substantiels : V. Cass. Ass. plén., 14 avril 2006 (2 arrêts), Bull. Ass. plén., n°5 et 6.

¹²³ Art. 122-2 du C.P. : « N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister ». V. P. JOURDAIN, B. BOULOC, La contrainte en droit de la responsabilité civile et pénale, in La contrainte, *Economica*, Etudes juridiques, 2007, L. GRYNBAUM (dir.), p. 45 et s., spéc. p. 45. Pour une étude d'ensemble sur le sujet : P.-H. ANTONMATTEI, Contribution à l'étude de la force majeure, L.G.D.J., 1992, Bibl. dr. privé, t. 220, préf. B. TEYSSIE.

¹²⁴ V. not., art. 222-7 et s. du C.P. *Adde*, art. 226-4 du C.P., incriminant l'introduction ou le maintien dans le domicile d'autrui à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contrainte.

¹²⁵ Art. 311-4, 4° du C.P. Rapp., art. 225-7, 8° du C.P., aggravant la répression du proxénétisme.

¹²⁶ Sur cette définition : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, P.U.F., Quadrige, 10^{ème} éd., 2014, p. 1076.

16. Si la contrainte se rapproche de la notion de violence dans certaines circonstances, elle s'en éloigne lorsqu'elle revêt le sens de coercition. Dans ce cas, l'assimilation de la coercition à la violence se révélerait abusive. Pire, elle serait erronée car elle donnerait un sens extensif au concept de violence¹²⁷. Celui-ci recouvre tout emploi de la force, peu importe les procédures utilisées et les conditions encadrant cet usage, ou encore l'objectif visé¹²⁸. Il s'agit bien de notions différentes. La violence « renferme une caractéristique, qui constitue son essence : c'est son aspect d'illégalité, d'illégitimité, d'utilisation irrégulière de la force, marquée par la racine "viol". Il y a donc bien à l'origine, irrespect du droit. (...) La violence n'est jamais légitime, elle est toujours contraire au droit, "hors-droit" et à ce titre, doit être sanctionnée, alors que pour la coercition, seuls les abus, les voies de fait seront sanctionnés »¹²⁹. Le dictionnaire juridique publié sous la direction du doyen CORNU témoigne de cette idée. Il définit la violence comme une « **contrainte illicite**, un acte de force dont le caractère illégitime tient (par atteinte à la paix et à la liberté) à la brutalité du procédé employé (violence physique ou corporelle, matérielle) ou (et), par effet d'intimidation, à la peur inspirée (violence morale) »¹³⁰. Illégale, la violence semble néanmoins inéluctable car inhérente à toute vie sociale¹³¹. Il convient alors de faire le départ entre celle-ci et la contrainte légitime¹³². Coercition juridiquement encadrée, cette dernière ne s'apparente ni à une sanction ou punition ni un acte violent. *A fortiori*, elle ne saurait constituer la réunion de ces deux éléments, une sanction violente¹³³.

17. Une approche générale de la contrainte. Notion difficile à cerner compte tenu de son caractère protéiforme¹³⁴, la contrainte est dérivée, d'un point de vue étymologique, de « contraindre », qui vient du latin « *stringere* », c'est-à-dire « serrer, étrangler » ; dont le composé « *constringere* », « lier

¹²⁷ N. FERREIRA, La coercition (...), *op. cit.*, p. 168.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ *Ibid.* L'auteur dénonce alors la contradiction inhérente à l'expression qu'emploie Max WEBER pour évoquer la force de l'Etat : la « violence légitime » ; E. PICARD, Police, in Dictionnaire des droits de l'homme, P.U.F., Quadrige, 2008, p. 771 et s., not. p. 776 : « En tout cas, dans le langage du droit de l'Etat de droit, il n'y a pas et il ne peut pas y avoir de "violence légitime de l'Etat", pas plus que dans la simple réalité, celle de la violence ou de la légitimité, dont l'antithétisme absolue fait de cette formule un parfait oxymore, que les juristes ne devraient jamais appliquer à la force publique d'un Etat de droit, sauf à méconnaître le sens du mot "force", celui du mot "public", celui du mot "droit", et tout autant celui de l'expression d' "Etat de droit" et sauf à ignorer le droit positif lui-même, puisque la Déclaration des droits de l'homme ne parle que de "force publique". La violence n'est que la généralisation du viol, et l'on ne voit pas qu'elle puisse être plus légitime que celui-ci. Tout au plus pourrait-on parler, au sein des Etats qui ne sont justement pas des Etats de droit, de la "violence légale" ».

¹³⁰ G. CORNU (dir.), Vocabulaire (...), *op. et loc. cit.* (souligné par nous).

¹³¹ Sur le constat : F. MONCONDUIT, Sens et non-sens de la violence, in Service public et libertés, Mélanges R.-E. CHARLIER, éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 655 et s., not. p. 666 ; F. TERRE, Sur le phénomène de la violence, *op. cit.*, p. 245.

¹³² Opérant également la distinction : E. KANT, Métaphysique (...), *op. cit.*, §44, p. 194 ; J. FREUND, Qu'est-ce (...), *op. cit.*, p. 131, 133 et 134 : « Dès que la force est contestée, naît la violence » (p. 133) ; F. TERRE, *op. cit.*, p. 245, 247 et 250.

¹³³ N. FERREIRA, *op. cit.*, p. 170.

¹³⁴ Sur ce constat, V. A. JEAMMAUD, Contrainte, in Dictionnaire de la culture juridique, P.U.F.-Lamy, Quadrige, 2003, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), p. 274 et s., spéc. p. 276. Ainsi le terme « contrainte » peut être pris dans des acceptions différentes de celui de coercition : V. par ex., C. RADE, La contrainte en droit du travail, in La contrainte, Economica, Etudes juridiques, 2007, L. GRYNBAUM (dir.), p. 83 et s. ; H. MUIR WATT, Contrainte et contrat international, in La contrainte, Economica, Etudes juridiques, 2007, L. GRYNBAUM (dir.), p. 143 et s. ; C. MAURO, Contrainte et droit pénal international, in La contrainte, Economica, Etudes juridiques, 2007, L. GRYNBAUM (dir.), p. 151 et s., not. p. 155 et s.

étroitement ensemble », « resserrer » se trouve à l'origine de « *constrictio* », « resserrement, gêne »¹³⁵. En philosophie, elle s'avère définie comme « tout ce qui entrave la liberté d'action d'un être, soit du dehors, soit même du dedans »¹³⁶ ou comme « le recours à la force pour empêcher quelqu'un d'agir ou pour le faire agir contre sa volonté »¹³⁷. L'antinomie de la contrainte et de la liberté est soulignée (« la contrainte : entrave à la liberté » ; « contraindre, c'est empêcher l'exercice de la liberté ») : le Janus apparaît¹³⁸. Cela se retrouve implicitement dans les définitions juridiques. Le vocabulaire CORNU évoque la contrainte étatique qui, dans son sens général, peut désigner : le pouvoir de contraindre appartenant aux autorités de l'Etat, l'acte lui-même par lequel s'exerce ce pouvoir, enfin l'ensemble des voies et moyens de droit offerts et garantis par l'Etat en vue de l'exécution (au besoin forcée) des obligations et du respect des droits¹³⁹. De manière plus précise, la contrainte a été envisagée comme « un pouvoir exclusif de l'Etat, mis en œuvre par la force publique et portant atteinte à la sûreté, à la liberté d'aller et venir, ou à l'inviolabilité des correspondances et du domicile, auquel l'individu qui y est soumis ne peut se soustraire »¹⁴⁰. L'idée selon laquelle celle-ci procède d'une « juridicisation de la force » resurgit également¹⁴¹.

18. La coercition, une catégorie particulière de contrainte. Au sein de la contrainte, la coercition constitue un élément parmi d'autres. Celle-ci demeure une espèce particulière de contrainte, catégorie juridique plus vaste. La notion de contrainte juridique, au sens où l'entend la doctrine, atteste du caractère davantage resserré de la coercition¹⁴². Elle a justement été distinguée de la « coercition physique » et de la « contrainte matérielle » afin d'illustrer les différentes modalités et les divers degrés d'intensité dont dispose la contrainte en droit français¹⁴³. « Synonyme de coût et de gêne réputés incitatifs », elle aurait tendance à s'étendre au détriment des deux autres¹⁴⁴. Cette notion paraît

¹³⁵ Pour ces précisions : A.-M. LEROYER, M. NICOD, *op. cit.*, p. 103.

¹³⁶ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F., Quadrige, 2^{ème} éd., 2006, p. 184.

¹³⁷ P. FOULQUIE, *Dictionnaire de la langue philosophique*, P.U.F., 5^{ème} éd., 1986, p. 132.

¹³⁸ M. GOBERT, *Rapport de synthèse*, in *La contrainte*, Economica, Etudes juridiques, 2007, L. GRYNBAUM (dir.), p. 167 et s., not. p. 167.

¹³⁹ G. CORNU (dir.), *op. cit.*, p. 259, « Contrainte ».

¹⁴⁰ C. COPAIN, *L'encadrement de la contrainte probatoire en procédure pénale française*, Thèse, Lyon III, 2011, n°14.

¹⁴¹ V. DAVID, *op. cit.*, p. 373 et 374 ; P. JESTAZ, *Le droit*, Dalloz, Connaissance du droit, 7^{ème} éd., 2012, p. 21, indiquant que par contrainte, il faut entendre « le recours à la force, mais selon les formes du droit, par exemple le recours aux agents de la force publique » ; G. BURDEAU, *op. cit.*, n°244, p. 363 ; J. FREUND, *op. cit.*, p. 128 et 129, qui définit encore la contrainte comme « la pression qu'une autorité ou un groupement déterminé exercent sur leurs membres pour les rappeler à l'ordre, faire respecter les lois et conventions en vigueur et éventuellement châtier les récalcitrants ».

¹⁴² Sur ce point : V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, *Proposition pour une théorie des contraintes juridiques*, in *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant-L.G.D.J., La pensée juridique, 2005, M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), p. 11 et s., spéc. p. 12 : « La contrainte juridique est une situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère. En d'autres termes, la contrainte juridique est celle qui est produite par le droit et qui, contrairement à la conception traditionnelle, doit être perçue comme une contrainte de fait ».

¹⁴³ V. A. JEAMMAUD, *op. cit.*, not. p. 275. Chaque expression se trouve illustrée de la sorte : « coercition physique » (privation de liberté à titre de sanction pénale, contrainte par corps en matière d'amendes pénales ou de dettes fiscales, expulsion), « contrainte matérielle » (dans la saisie-vente l'huissier procède à l'enlèvement du mobilier d'un débiteur pour le faire mettre en vente), et « contrainte juridique » (astreinte ordonnée par un juge, majoration du taux de l'intérêt légal en cas de retard de paiement, saisie des rémunérations...).

¹⁴⁴ *Ibid.*

proche de la contrainte par dissuasion, qui « consiste à faire pression sur la volonté du débiteur pour le responsabiliser et l'inciter à exécuter spontanément sa dette, sinon par vertu du moins par raison »¹⁴⁵. La dissuasion se présente sous différents aspects et s'obtient par la gêne, par l'argent ou par refus d'action¹⁴⁶. Elle rejoint l'idée de comminatoire¹⁴⁷. A titre d'exemple, il s'agit de la saisie des véhicules terrestres à moteur par voie d'immobilisation ou de la saisie conservatoire de créance¹⁴⁸, de la majoration légale des intérêts, d'une clause pénale¹⁴⁹ ou d'une astreinte¹⁵⁰. Indissociable de la menace, la dissuasion s'apparente à une contrainte morale, davantage connue sous le terme « psychologique ».

19. Les deux catégories de contrainte : psychologique et physique. Opposée à la contrainte physique ou matérielle, une telle contrainte est fréquente en droit positif¹⁵¹. Pareille distinction se trouve établie de longue date¹⁵². Sans employer, certes, l'expression de « contrainte psychologique »¹⁵³, Otto MAYER précise que « l'usage de la force peut amener un état de choses conforme à l'ordre, soit directement par lui-même, soit par des détours en exerçant sur la volonté de celui qui est forcé une influence par des maux qui lui sont infligés ou dont il est menacé. Dans la première forme, c'est un moyen de contrainte naturel et allant de soi, moyen qui est compris dans la force de l'ordre d'autorité

¹⁴⁵ R. PERROT, La contrainte par dissuasion, Mélanges J. BUFFET, La procédure en tous ses états, Petites affiches, 2004, p. 393 et s., spéc. p. 393. Il ajoute : « Disons qu'entre le paiement spontané et le paiement forcé, il y a place pour un "paiement résigné" qui n'est pas sans faire penser à ce que la plume de Corneille faisait dire à Cléopâtre : "cette contrainte que m'imposa la force, mais qu'accepta ma crainte" ».

¹⁴⁶ R. PERROT, *op. cit.*, n°2, p. 394.

¹⁴⁷ Sur la question : N. CAYROL, Réflexions sur le comminatoire, *in* Hommage en l'honneur de Grégoire FOREST, Dalloz, 2014, p. 75 et s., spéc. p. 81, appréhendant le comminatoire comme la « "prescription sous la menace d'une sanction dont la mise en œuvre n'est pas automatique en cas de manquement" ».

¹⁴⁸ V. R. PERROT, *op. cit.*, n°4 et 5, p. 395 et 396.

¹⁴⁹ Art. 1226 et 1229 du C. civ. (définition de la clause pénale) ; D. MAZEAUD, La notion de clause pénale, L.G.D.J., 1992, Bibl. dr. privé, t. 223, préf. F. CHABAS ; J. BEGUIN, Rapport sur l'adage (...), *op. cit.*, p. 76 à 78, la qualifiant de moyen de « contrainte indirecte » ; R. PERROT, *op. cit.*, n°7 et 8, p. 399 et 400 ; L. AYNES, La contrainte (...), *op. cit.*, n°30, p. 43, qui évoque « les clauses de contrainte », « une contrainte à effet indirect » mettant « la pression sur le débiteur pour l'amener à s'exécuter ». Stipulées par les parties, les clauses pénales n'ont pas pour objet de prévoir l'étendue de la réparation, mais d'inciter à l'exécution afin d'éviter la sanction pécuniaire prévue par le contrat.

¹⁵⁰ V. not., art. L. 131-1 et s. et R. 131-1 et s. du C.P.C.E. L'astreinte consiste à condamner le débiteur récalcitrant au versement d'une somme d'argent dont le montant augmente à mesure que se prolonge le retard dans l'exécution (condamnation à tant par jours de retard notamment). Moyen de contrainte indirecte mais efficace, il s'agit d'une mesure d'intimidation tendant à pousser le débiteur à exécuter spontanément, du moins volontairement ses obligations (V. en ce sens, C. BRENNER, Procédures civiles d'exécution, Dalloz, Cours, 7^{ème} éd., 2013, n°5). Mais l'astreinte provisoire ne constitue pas une peine ou une sanction au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789 : Cass. civ. 2^{ème}, 4 janv. 2012, Bull. civ., II, n°1. Sur l'astreinte en général : A. ESMEIN, L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes, R.T.D.civ., 1903, p. 5 et s., spéc. p. 8 et la note n°1, signalant que le terme « astreinte » s'est substitué à celui de « contrainte » dans les arrêts de la Cour de cassation ; H. VIZIOZ, Les pouvoirs du juge des référés en matière d'astreintes, J.C.P., 1948, I, 689, spéc. n°1 ; P. ESMEIN, Peine ou réparation, Mélanges P. ROUBIER, t. II, Dalloz-Sirey, 1961, p. 37 et s., spéc. p. 38 ; R. GASSIN, Remarques sur l'astreinte en matière pénale, Etudes offertes à P. KAYSER, t. I, P.U.A.M., 1979, p. 447 et s. ; F. CHABAS, La réforme de l'astreinte, D., 1992, chron., p. 299 et s. ; CJCE, 4 juill. 2000, *Commission / Grèce*, aff. C-387/97, not. §79 à 99 ; Europe, 2000, comm. n°296, obs. D. SIMON ; CJCE, 25 nov. 2003, *Commission / Espagne*, aff. C-278/01, not. §36 à 62 ; Europe, 2004, comm. n°6, obs. F. MARIATTE.

¹⁵¹ Pour une reconnaissance implicite de ce type de contrainte : C.C., 19 janv. 1988, n°87-240 DC, *Loi sur les bourses de valeurs*, Rec., p. 28, cons. 5, où il ajoute l'adjectif « matérielle » et laisse entendre qu'il existe une autre sorte de contrainte.

¹⁵² R. VON JHERING, L'évolution du droit (*Zweck im Recht*), éd. Chevalier-Marescq et Cie, Paris, 3^{ème} éd., 1901, O. DE MEULENAERE (trad.), n°9, p. 10 à 12 et n°113, p. 159 et 160, où il note que l'assujettissement de la volonté d'autrui peut être obtenu de deux façons : « mécaniquement », par « une pression matérielle plus puissante » ou par « la contrainte psychologique » ; R. CAPITANT, L'impératif juridique. Introduction à l'étude de l'illicite, Thèse, Paris, 1928. Bien plus récemment, C. LUSSET-SEGUIN, La compétence administrative de contrainte, Thèse, Bordeaux I, 1993, p. 5 ; R. PERROT, *op. cit.*, n°1, p. 394, opposant la contrainte matérielle à la contrainte par dissuasion.

¹⁵³ A l'inverse de JHERING qui, lui, l'a expressément employée (par ex., n°9, p. 10).

que l'on réalise ainsi simplement, tel qu'il est. Dans la seconde forme, l'effet de contrainte n'est exercé qu'au moyen d'un *renforcement* des désavantages infligés à la personne obligée d'obéir, désavantages qui dépassent le contenu de l'ordre »¹⁵⁴. En d'autres termes, la contrainte psychologique a pour objet « non pas d'agir mais au contraire d'ordonner à un particulier pour qu'il se plie à telle volonté. L'action de la force publique¹⁵⁵ se situe alors au niveau de l'intellect du citoyen pour le contraindre à produire le résultat voulu par l'autorité »¹⁵⁶. Ce genre de contrainte traduit l'expression d'un pouvoir, attribué à un agent de la force publique, d'ordonner à un individu de faire ou de ne pas faire¹⁵⁷.

20. L'incompatibilité de la coercition avec la contrainte psychologique. La spécificité de la coercition se révèle sous cet angle. Il convient de la dissocier de la contrainte¹⁵⁸. Si cette dernière se caractérise par « la soumission du citoyen à l'ordre donné, de quelque manière qu'elle se produise »¹⁵⁹, ce critère apparaît trop large pour la coercition, laquelle possède un objet plus restreint¹⁶⁰. Sans doute poursuivent-elles toutes deux la réalisation du droit¹⁶¹. Il n'empêche que si les mots ont un sens, la coercition ne saurait être assimilée à la contrainte psychologique. Elle ne se confond pas avec elle et ne l'englobe pas davantage. Ces notions demeurent distinctes. En outre, la contrainte ferait disparaître tout choix, elle serait « privation de choix » à en croire certaines plumes¹⁶². La coercition présente un aspect identique. C'est même précisément son caractère principal. Son exercice prive de tout choix ses destinataires. Ceux-ci restent impuissants, ils la subissent sans pouvoir s'y opposer. Or, le mécanisme de la contrainte psychologique ne réalise pas cette privation totale de choix¹⁶³. Les personnes concernées conservent toujours une alternative, parfois très limitée, mais ce sont elles qui décident *in*

¹⁵⁴ O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. II, 1904, Paris, éd. V. Giard et E. Brière, Bibl. intern. dr. public, §23, p. 128 et 129 (c'est l'auteur qui souligne).

¹⁵⁵ La force publique a été définie comme « l'organe étatique qui exerce la contrainte pour assurer la réalisation du droit » : V. J. BUISSON, *La notion de la force publique*, in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 207 et s., spéc. p. 215.

¹⁵⁶ J. BUISSON, *L'acte (...)*, *op. cit.*, p. 447. V. déjà, R. VON JHERING, *L'évolution (...)*, *op. cit.*, n°113, p. 160 : « La contrainte psychologique est l'antithèse de la contrainte mécanique. Dans celle-ci, l'acte est accompli par celui qui l'exerce : dans la contrainte psychologique, il est exécuté par celui qui est contraint. Là, il faut que, négativement, se brise la résistance de la volonté ; ici, il faut que, positivement, la volonté agisse. Le résultat est le même, mais la distinction a son importance au point de vue psychologique et juridique. Témoins, le vol avec violence et l'extorsion ».

¹⁵⁷ J. BUISSON, *op. cit.*, p. 845, reprenant sa définition antérieure (V. par ex., p. 449 : la qualification de contrainte psychologique doit être réservée « à l'action ponctuelle du policier ou du gendarme qui impose à telle personne ou à tel groupe de personnes une obligation positive ou négative »). C'est « l'assujettissement du citoyen par la pression exercée sur son intellect pour l'amener à exécuter l'obligation à lui imposée par l'Administration » (p. 846).

¹⁵⁸ En ce sens également, N. FERREIRA, *La coercition (...)*, *op. cit.*, p. 171 et s.

¹⁵⁹ J. BUISSON, *La contrainte*, *op. cit.*, p. 919.

¹⁶⁰ *Contra*, J. BUISSON, *L'acte (...)*, *op. cit.*, p. 444 : « Le critère de la coercition (...) réside dans l'assujettissement du citoyen ».

¹⁶¹ En ce sens, J. BUISSON, *La contrainte*, *op. cit.*, p. 919, dans la mesure où l'auteur assimile les deux notions. Pour une étude récente du concept de réalisation du droit : C. BLANCHARD, *La dispense (...)*, *op. cit.*, n°27 et s., p. 51 et s., où sont exposées les pensées de JHERING, GENY et MOTULSKY.

¹⁶² L. AYNES, *La contrainte (...)*, *op. cit.*, n°17, p. 39 et n°21, p. 41.

¹⁶³ Ce type de contrainte peut cependant donner lieu à une violation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : V. CEDH, 27 fév. 1980, *Deweert / Belgique*, n°6903/75, not. §49 à 54, pour une renonciation, sous contrainte, aux garanties du procès équitable.

*fine*¹⁶⁴. Comme l'a écrit HEGEL, « en tant qu'être vivant l'homme peut bien être contraint, c'est-à-dire que son côté physique et extérieur peut être soumis à la force d'autrui, mais la volonté libre ne peut être contrainte en soi et pour soi, puisqu'elle ne l'est que si elle omet de se retirer de l'extériorité ou de la représentation qu'elle en a. Seul peut être forcé à quelque chose qui veut se laisser contraindre »¹⁶⁵. Auparavant, HOBBS a soutenu la compatibilité entre peur et liberté : la menace de sanction pesant sur un individu en cas d'irrespect d'une de ses obligations ne lui ôte donc pas sa liberté¹⁶⁶.

21. Le sens de la coercition. En ce qu'elle ne laisse aucune option à la personne qui la subit, la coercition forme la partie la plus rigoureuse de la contrainte, celle dénommée matérielle. Provenant du latin « *coercitio* » de « *coercere* », la coercition est généralement perçue comme l'action, le droit ou le pouvoir de contraindre¹⁶⁷. Le dictionnaire juridique renvoie à une exécution d'office, une indifférence du consentement de l'intéressé, conjuguée à un recours à la force en cas de nécessité¹⁶⁸. Il la définit 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 fait »¹⁶⁹. La coercition recouvrirait dès lors une seule partie de la contrainte, celle de l'usage de la force physique. Elle serait l'emploi de la force dans un Etat de droit¹⁷⁰. Il est vrai qu'entre la simple contrainte psychologique et le recours à la force physique, il existe une différence significative¹⁷¹. Evoquer la « coercition psychologique » s'avère sous ce regard inadapté. L'expression apparaît

¹⁶⁴ Rapp., de manière saisissante, R. DEMOGUE, Les notions fondamentales du droit privé, 1911, La mémoire du droit, Paris, 2001, p. 61 : « C'est pour cela qu'il devient nécessaire que les principes les plus importants soient réalisés par la contrainte : contrainte elle aussi aléatoire, car elle ne peut pas tout : on ne peut forcer toujours un individu à faire ce qu'il ne veut pas ».

¹⁶⁵ G.W.F. HEGEL, Principes de la philosophie du droit, Gallimard, 1997, A. KAN (trad.), préf. J. HYPOLITE, §91.

¹⁶⁶ V. à cet égard, Q. SKINNER, Thomas Hobbes et le vrai sens du mot liberté, Arch. phil. dr., 1991, t. 36, p. 191 et s., spéc. p. 203 et 204, à propos de la conclusion à laquelle parvient Hobbes, expliquant « les moyens qui nous rendent seuls capables d'abandonner notre liberté au vrai sens du terme » : « plus exactement, un homme qui agit par peur agit ainsi parce qu'il veut ou désire éviter les conséquences qu'il risquerait sinon d'encourir. On peut certes dire de cet homme qu'il agit comme il le fait parce que son désir a été "formé" ou "forcé". Forcer la volonté de quelqu'un, c'est seulement l'obliger à avoir une volonté ou un désir autre que le désir ou la volonté qui l'aurait poussé à agir ; quand une personne agit ainsi, c'est encore parce qu'elle possède la volonté ou le désir d'agir précisément de la manière dont elle agit et donc, même si la cause de sa volonté est la peur, les actes qu'elle accomplit par peur restent des actes libres. (...) L'argument essentiel de Hobbes est donc que "Peur et liberté sont compatibles" ».

¹⁶⁷ V. E. LITRE, Dictionnaire de la langue française, t. 2, Gallimard-Hachette, éd. intégrale, 1964, p. 426 et Le nouveau LITRE, 2004, p. 253 ; Grand Larousse de la langue française, 7 vol., t. 2, p. 779.

¹⁶⁸ En droit administratif, l'exécution d'office est le pouvoir reconnu à l'Administration d'assurer l'exécution physique de ses décisions soit par la loi, soit par la jurisprudence et en cas d'urgence ou d'absence de toute autre procédure juridique conduisant au même but (V. Lexique des termes juridiques, Dalloz, 20^{ème} éd., 2013, p. 46 ; T.C., 2 déc. 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, S., 1904, III, p. 17, concl. ROMIEU, note M. HAURIOU). Sur la conception civiliste de l'exécution forcée : A.-S. DUPRE-DALLEMAGNE, La force contraignante du rapport d'obligation (Recherche sur la notion d'obligation), P.U.A.M., 2004, préf. P. DELEBECQUE, n°178 et s., p. 162 et s.

¹⁶⁹ G. CORNU (dir.), *op. cit.*, p. 188, « Coercition ». Il est piquant de constater qu'en deuxième sens, « en un sens plus large », la coercition « englobe les moyens de pression destinés à obtenir par intimidation l'exécution d'une obligation (ex. : les astreintes) ». Cette approche correspond à la contrainte psychologique, distincte de la coercition.

¹⁷⁰ N. FERREIRA, *op. cit.*, p. 176.

¹⁷¹ Rapp., J. DABIN, Sur la science politique, R.D.P., 1954, p. 5 et s., spéc. note n°46, p. 20 : « Par contrainte, on entend donc ici non quelque contrainte simplement psychologique, mais une contrainte coercitive (...) ».

impropre¹⁷². Mentionner la « nature coercitive de l’astreinte » ou la qualifier de « mesure » ou « moyen de coercition » dénote un manque de rigueur intellectuelle¹⁷³. Contrainte physique ou matérielle¹⁷⁴, la coercition se confond-elle pour autant de façon complète avec la force physique ? Elle semble ne pas pouvoir se résumer à son seul usage. Elle suppose un assujettissement du citoyen : elle lui est directement appliquée sans qu’il ait à émettre au préalable une acceptation ou un refus. En cas d’opposition de sa part, cela provoquerait « l’emploi d’une espèce de la coercition, son degré suprême : la force physique »¹⁷⁵.

22. L’assimilation incomplète de la coercition à la force. Sous peine de confondre deux notions proches mais distinctes, l’assimilation entre coercition et force ne saurait être totale. La première reste parfois exercée sans l’aide de la seconde¹⁷⁶. En procédure pénale, des actes coercitifs sont effectués sans emploi systématique de la force physique, telle une arrestation¹⁷⁷, une perquisition ou une saisie¹⁷⁸. Ecrire que la coercition consiste en « l’ultime procédé contraignant » paraît juste, mais peut prêter à confusion¹⁷⁹. Il ne faudrait la réduire à l’emploi de la force physique¹⁸⁰. De ce point de vue, mieux vaut sans doute affirmer que « la nature coercitive se caractérise par l’atteinte à la liberté par le biais d’une contrainte matérielle, qu’elle s’exerce à l’encontre des personnes ou de leurs biens. La coercition n’est pas nécessairement effective, il suffit qu’elle soit susceptible d’intervenir et d’agir physiquement contre la volonté de la personne »¹⁸¹. Dans pareille hypothèse, l’utilisation de la force physique reste latente. Son caractère subsidiaire se dévoile.

¹⁷² *Contra*, J. BUISSON, L’acte (...), *op. cit.*, p. 447 et 448.

¹⁷³ V. par ex. : CJCE, 4 juill. 2000, *Commission / Grèce*, préc., spéc. §92 ; CJUE (Gr. ch.), 12 avril 2011, *DHL Express France SAS / Chronopost SA*, aff. C-235/09, not. §55 et 60 (« mesure coercitive ») ; Cass. civ. 2^{ème}, 13 janv. 2005, Bull. civ., II, n°8 (*idem*) ; Cass. soc., 25 juin 1992, Bull. civ., V, n°421 ; Cass. civ. 3^{ème}, 5 juin 1970, Bull. civ., III, n°381.

¹⁷⁴ Selon un auteur, l’expression de « contrainte physique » doit toutefois être rejetée, parce qu’elle ne s’applique qu’à une partie de la contrainte matérielle, celle incluant l’usage de la force. Seule la « contrainte matérielle » doit être retenue car elle semble désigner « le plus exactement son objet, c’est-à-dire apporter une modification à l’ordre des êtres et des choses » (J. BUISSON, *op. cit.*, p. 446). Il a aussi été affirmé que les locutions « coercition physique » ou « coercition matérielle » sont impropres. Elles relèvent « du pléonasme », car « la coercition comporte déjà l’idée d’un affrontement physique, de l’usage d’une force » (N. FERREIRA, *op. cit.*, p. 177).

¹⁷⁵ J. BUISSON, *op. cit.*, p. 735. Rapp., O. MAYER, Le droit (...), t. II, *op. cit.*, §25, p. 152 et s. Il est néanmoins piquant de constater que la doctrine classique établit un lien systématique entre force et contrainte (par ex., Otto MAYER, *op. cit.*, §23, p. 127 et 128).

¹⁷⁶ En ce sens aussi, J. BUISSON, *op. cit.*, p. 443, où l’auteur écrit justement que « c’est confondre la partie, la force, avec le tout, la coercition ».

¹⁷⁷ La personne concernée peut se laisser appréhender sans résistance. Ce n’est que si elle résiste que la force sera employée.

¹⁷⁸ L’individu au domicile duquel l’opération doit se dérouler peut ouvrir sa porte aux agents de la force publique qui le lui ordonnent. Peut-on alors sérieusement affirmer qu’il y a usage de la force physique ? Un tel usage a en revanche lieu lorsque l’intéressé refuse d’ouvrir, les agents pénétrant dans le domicile de force.

¹⁷⁹ N. FERREIRA, *op. cit.*, p. 178.

¹⁸⁰ Aussi faut-il garder en mémoire cette précaution à la lecture de la définition proposée par Mme FERREIRA, *op. cit.*, p. 178 et 179, pour qui la coercition consiste en « l’utilisation de la force physique par des organes publics pour appliquer les normes de droit, qui elles-mêmes doivent être légitimes, c’est-à-dire conformes au droit. L’emploi de la force matérielle peut être multiple, de l’usage d’une arme au fait d’empoigner une personne, de la retenir, de l’amener de force. Dès lors que la contrainte physique est susceptible d’être utilisée, le procédé est coercitif ».

¹⁸¹ N. FERREIRA, *op. cit.*, p. 179. Pour insister sur la différence avec la contrainte, l’auteur précise : « Si la coercition est la possibilité d’user de la force – définition qui peut déjà s’entendre comme large puisque la coercition n’est que future, voire éventuelle – il convient de la limiter aux mesures comportant concrètement l’usage de cette force, que cet usage soit prévu explicitement ou implicitement » (p. 179-180). Cette approche de la coercition doit être approuvée. Elle évite de la définir de

23. La dissemblance entre coercition et obligation. Ce recours possible à la force dans le but de vaincre l'inertie ou la résistance d'un individu favorise la distinction entre coercition et obligation. Tandis que seule la loi peut prévoir celle-là, en aménageant des titres de contrainte¹⁸², celle-ci naît, la plupart du temps, de la volonté des parties¹⁸³. Il existe, selon toute vraisemblance, un lien indéfectible entre le rapport d'obligation et le pouvoir de contrainte¹⁸⁴. Comme l'obligatoire et le contraignant se recouvrent fréquemment, il est habituel de confondre contrainte et obligation¹⁸⁵. Ces deux notions se révèlent pourtant distinctes, car « une chose est d'être légalement tenu de faire ou ne pas faire quelque chose, ou d'être débiteur d'une obligation contractuelle, autre chose est de subir une contrainte »¹⁸⁶. Si elles apparaissent bien dissemblables¹⁸⁷, la coercition se démarque *a fortiori* de l'obligation. Alors que la première autorise le recours à la force, cette dernière consiste en un énoncé de devoirs juridiques imposés à la personne. La spécificité de la contrainte matérielle ressort. Et « au regard des droits de l'homme, la différence est fondamentale : l'obligation au sens propre s'adresse à la raison, à la conscience et à la volonté, c'est-à-dire à la liberté – car, sans liberté préexistante, il n'y a pas de droit, de devoir ni d'obligation possibles : il n'y a que des déterminismes –, tandis que la contrainte physique, qui s'en prend au corps, c'est-à-dire à la matière, à son inertie, à sa force propre, au sens que les sciences physiques donnent au terme, ignore la liberté, au point d'en nier en pratique l'existence ou en tout cas la valeur »¹⁸⁸.

24. L'importance de la coercition au sein du droit. Eu égard à son utilité indéniable, la coercition irradie les différentes branches du droit. Pour s'en convaincre, il suffit de feuilleter le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, surtout depuis la loi du 31 décembre 2012¹⁸⁹. Celui-ci

façon trop restrictive en se limitant aux seuls cas d'usage effectif de la force physique et permet, en même temps, d'écarter de la catégorie les cas de contrainte psychologique, autrement dit de l'appréhender de manière trop large.

¹⁸² V. J. BUISSON, *op. cit.*, p. 449, 450 et 735.

¹⁸³ Art. 1134, al. 1 du C. civ. : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » ; P. ANCEL, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, R.T.D.civ., 1999, p. 771 et s.

¹⁸⁴ V. P. DELEBECQUE, préface de l'ouvrage d'A.-S. DUPRE-DALLEMAGNE, La force contraignante (...), *op. cit.*, spéc. p. 10. C'est la thèse défendue dans cette recherche (V. n°2, 3, 6, 7, p. 18 à 25, et n°151, p. 139).

¹⁸⁵ L. GRYNBAUM, La contrainte, garantie de l'accès au droit, *op. cit.*, p. 6.

¹⁸⁶ A. JEAMMAUD, Contrainte, *op. cit.*, p. 275. Adde, M. BRUSCHI, La contrainte en droit de la consommation, in La contrainte, Economica, Etudes juridiques, 2007, L. GRYNBAUM (dir.), p. 74 et s., spéc. p. 75.

¹⁸⁷ V. M. TROPER, La contrainte (...), *op. cit.*, p. 8 : « Obligation et contrainte apparaissent donc comme totalement séparées : on peut être contraint de faire quelque chose, même si l'on n'en a pas l'obligation, et avoir une obligation sans être contraint » ; C. GRZEGORCZYK, Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle, in Théorie des contraintes juridiques, Bruylant-L.G.D.J., La pensée juridique, 2005, M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), p. 25 et s., p. 42, soulignant que « rien ne sert d'obliger si l'on ne peut pas contraindre ».

¹⁸⁸ E. PICARD, Police, *op. cit.*, spéc. p. 775, où il ajoute néanmoins que la coercition et l'obligation relèvent toutes deux de la contrainte.

¹⁸⁹ Loi n°2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées, J.O. du 1^{er} janv. 2013, p. 48 ; Procédures, 2013, comm. n°52, obs. J. BUISSON ; Rev. sc. crim., 2013, p. 421, obs. N. CATELAN. Cette loi tient compte des décisions rendues par la CJUE ainsi que de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, J.O.U.E. L 348 du 24 déc. 2008, p. 98. La rétention de l'étranger en situation irrégulière, en vue de son éloignement, constitue une mesure coercitive au sens de l'article 8 §4 de cette directive « retour ».

organise plusieurs mesures coercitives : maintien en zone d'attente¹⁹⁰, obligation de quitter le territoire français et interdiction de retour sur ce territoire¹⁹¹, placement dans un centre de rétention avant une éventuelle expulsion ou reconduite à la frontière¹⁹², assignation à résidence¹⁹³, retenue aux fins de vérification du droit de circulation ou de séjour sur le territoire¹⁹⁴, etc. De son côté, le Code de la route aménage aussi des mesures présentant un tel caractère. Opérées chaque jour par les officiers ou agents de police judiciaire (ci-après, O.P.J. et A.P.J.), il s'agit, par exemple, du prélèvement d'air ou de sang pour vérifier l'alcoolémie d'un conducteur¹⁹⁵ ou la mise en fourrière et l'immobilisation d'un véhicule¹⁹⁶.

25. Le Code de la santé publique prévoit, pour sa part, une hospitalisation complète d'office pour les personnes souffrant de troubles mentaux, notamment en cas d'urgence et de danger, sur décision du représentant de l'Etat¹⁹⁷. Il régit également le placement en « chambre de sûreté », ou dans les locaux

¹⁹⁰ Art. L. 221-1 et s. et R. 221-1 et s. du C.E.S.E.D.A., avec prolongation possible du maintien (art. L. 222-1 et s.).

¹⁹¹ Art. L. 511-1 et s. et R. 511-1 et s. du C.E.S.E.D.A. Les cas dans lesquels l'autorité administrative peut obliger un étranger (non ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne) à quitter le territoire français sont énumérés au texte.

¹⁹² Art. L. 551-1 et s. et R. 551-1 et s. du C.E.S.E.D.A., le juge des libertés et de la détention pouvant prolonger la mesure après l'écoulement d'un délai de cinq jours (art. L. 552-1 du même Code).

¹⁹³ Art. L. 561-1 et s. et R. 561-1 et s. du C.E.S.E.D.A.

¹⁹⁴ Art. L. 611-1-1 du C.E.S.E.D.A., créé par la loi n°2012-1560 du 31 décembre 2012 (art. 2). L'étranger ne peut être retenu que pour le temps strictement exigé par l'examen de son droit de circulation ou de séjour. La retenue ne peut excéder seize heures à compter du début du contrôle et le procureur de la République peut y mettre fin à tout moment. A titre impératif, « les mesures de contrainte exercées sur l'étranger sont strictement proportionnées à la nécessité des opérations de vérification et de son maintien à la disposition de l'officier de police judiciaire ». Ce dispositif s'inspire donc de la vérification d'identité prévue à l'article 78-3 du C.P.P. (V. J. BUISSON, obs. sur la loi n°2012-1560, Procédures, 2013, comm. n°52, préc.). Sur cette rétention, N. CATELAN, obs. sur la loi n°2012-1560, Rev. sc. crim., 2013, p. 421, spéc. p. 423 et 424, évoquant « une mesure de contrainte », « la garde à vue étant devenue impossible, la France a donc instauré une rétention... qui a le goût, la forme et la couleur de la garde à vue. En ce qu'elle dure 16 heures et non 4, elle s'éloigne donc de la vérification d'identité de l'article 78-3 du C.P.P. dont elle s'inspire également ».

¹⁹⁵ Art. L. 234-3 et s. du C. route.

¹⁹⁶ Art. L. 325-1 et s. du C. route. L'immobilisation est définie par l'article R. 325-2 dudit Code, comme « l'obligation faite au conducteur ou au propriétaire d'un véhicule, dans les cas prévus au présent Code, de maintenir ce véhicule sur place ou à proximité du lieu de constatation de l'infraction en se conformant aux règles relatives au stationnement ». Quant à la mise en fourrière, l'article R. 325-12 de ce Code évoque « le transfert d'un véhicule en un lieu désigné par l'autorité administrative ou judiciaire en vue d'y être retenu jusqu'à décision de celle-ci, aux frais du propriétaire de ce véhicule ». Le Tribunal des conflits a considéré que la destruction d'un véhicule, dont la mise en fourrière a été ordonnée par un O.P.J., ne constitue pas une voie de fait administrative relevant de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, dès lors que cette décision n'est pas manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir de l'administration : T.C., 15 déc. 2008, *M. X... / Préfet du Val-de-Marne*, Bull. civ., n°32.

¹⁹⁷ Art. L. 3213-1 du C.S.P., réécrit par la loi n°2013-869 du 27 septembre 2013 modifiant certaines dispositions issues de la loi n°2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, J.O. du 29 sept. 2013, p. 16230 ; Procédures, 2013, comm. n°320, obs. J. BUISSON ; Rev. sc. crim., 2014, chron., p. 406, obs. J.-B. PERRIER (*Adde*, le décret d'application n°2014-897 du 15 août 2014, J.O. du 17 août 2014, p. 13667 ; J.C.P., 2014, act., 905). Dans sa rédaction antérieure à la loi du 5 juillet 2011 (D., 2011, pan., p. 2565 et s., spéc. p. 2568 et 2569, obs. A. LAUDE), ce texte a été jugé contraire à la Constitution : C.C., Q.P.C., 9 juin 2011, n°2011-135/140, *M. Abdellatif B. et autre*, J.O. du 10 juin 2011, p. 9892, cons. 10 et 11 ; V. aussi, art. L. 3213-2 du C.S.P., disposant qu'« en cas de danger imminent pour la sûreté des personnes, attesté par un avis médical, le maire et, à Paris, les commissaires de police arrêtent, à l'égard des personnes dont le comportement révèle des troubles mentaux manifestes, toutes les mesures provisoires nécessaires, à charge d'en référer dans les vingt-quatre heures au représentant de l'Etat dans le département qui statue sans délai et prononce, s'il y a lieu, un arrêté d'admission en soins psychiatriques dans les formes prévues à l'article L. 3213-1. Faute de décision du représentant de l'Etat, ces mesures provisoires sont caduques au terme d'une durée de quarante-huit heures ». Sur ce texte, V. C.C., Q.P.C., 6 oct. 2011, n°2011-174, *Mme Oriette P.*, J.O. du 8 oct. 2011, p. 17017, cons. 10 ; D., 2011, p. 2405, censurant la possibilité de prendre une mesure privative de liberté sur le seul fondement de la « notoriété publique » ; Cass. civ. 1^{ère}, 5 fév. 2014, Bull. civ. I, n°20 ; J.C.P., 2014, 212, obs. (critiques) M. PRIMEVERT, jugeant que seul le représentant de l'Etat est habilité à prendre un arrêté « d'admission en soins psychiatriques », une éventuelle décision antérieure du maire, fût-elle de même nature, ne constituant qu'une des mesures

de police ou de gendarmerie, de toute personne trouvée en état d'ivresse dans les lieux publics « jusqu'à ce qu'elle ait recouvré la raison »¹⁹⁸. Il organise en outre des mesures d'urgence, y compris individuelles (isolement, mise en quarantaine de personnes contagieuses), s'il existe une menace sanitaire grave, telle une épidémie¹⁹⁹. Par ailleurs, l'article 1^{er} du décret du 7 novembre 1960²⁰⁰ sur la discipline à bord des navires de la marine marchande énonce, avant sa modification par une ordonnance n°2010-1307 du 28 octobre 2010 relative à la partie législative du Code des transports²⁰¹, que le capitaine d'un navire français, autre qu'un navire de guerre a l'autorité sur toutes les personnes présentes à bord. Il peut employer aux fins de maintien de l'ordre, de sécurité du navire, des individus ou de la cargaison « tout moyen de coercition utile et requérir les personnes embarquées de lui prêter main-forte ». Depuis la réforme précitée, toute référence à la coercition a disparu²⁰².

26. Absence de coercition en principe en matière civile. Quoi qu'il en soit, la coercition se rencontre surtout en matière pénale. C'est, incontestablement, au sein de cette discipline juridique qu'elle apparaît le plus présente. Elle permet d'ailleurs de distinguer les matières civile et pénale. Selon les dispositions de l'article 1142 du Code civil, « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur »²⁰³. Autrement dit, lorsque l'obligation a pour objet un travail ou un ouvrage (obligation de faire) ou une abstention (obligation de ne pas faire) et que le débiteur refuse d'honorer son engagement, l'exécution forcée paraît impossible. Celui-ci peut seulement être condamné à fournir l'équivalent pécuniaire de ce qu'il doit en nature,

provisoires dont l'article L. 3213-2 lui ouvre la possibilité générique, sans qu'elle revête la qualification légale, de sorte que le délai dans lequel le juge statue sur une admission administrative en soins psychiatriques (15 jours) se décompte depuis la date de l'arrêté préfectoral pris en ce sens. Sur l'admission, en cas d'urgence, en soins psychiatriques d'une personne malade à la demande d'un tiers (hospitalisation sans consentement) : art. L. 3212-3 du C.S.P. Ce texte a été jugé constitutionnel, en revanche le Conseil a prononcé une censure de l'article L. 3212-7 du C.S.P. : C.C., Q.P.C., 26 nov. 2010, n°2010-71, *Mlle Danielle S.*, J.O. du 27 nov. 2010, p. 21119 ; J.C.P., 2010, act., 1216, obs. C.-A. DUBREUIL (conformité à la Constitution de l'hospitalisation sans le consentement de la personne concernée à la demande d'un tiers : cons. 16 à 22 ; censure du maintien d'une telle hospitalisation au-delà de quinze jours sans l'intervention de l'autorité judiciaire, il y a méconnaissance des exigences de l'article 66 de la Constitution : cons. 23 à 26) ; C.C., Q.P.C., 2 déc. 2011, n°2011-202, *Mme Lucienne Q.*, J.O. du 3 déc. 2011, p. 20015, cons. 13 ; D., 2011, p. 2939 (l'hospitalisation d'une personne atteinte de maladie mentale ne peut être maintenue au-delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction judiciaire sous peine de méconnaître les exigences de l'article 66 de la Constitution). L'article L. 3212-7 a encore été modifié par la loi n°2013-869 du 27 septembre 2013. Il est enfin à noter que l'article L. 3216-1 du C.S.P., issu de la loi n°2011-803 du 5 juillet 2011 préc., a transféré au 1^{er} janvier 2013 le contentieux de la régularité des décisions d'hospitalisation sans consentement à l'ordre judiciaire, notamment au juge des libertés et de la détention : V. M. VIALETES, M. GROSSET, L'unification du contentieux de l'hospitalisation sans consentement. De quelques questions posées par sa mise en œuvre au 1^{er} janvier 2013, J.C.P., 2013, Etude, 157.

¹⁹⁸ Art. L. 3341-1 du C.S.P. Ces dispositions sont conformes à la Constitution, mais une réserve d'interprétation a été émise : la durée du placement en chambre de sûreté, qui doit être consignée dans tous les cas, doit être prise en compte dans la durée de la garde à vue qui lui fait suite, le cas échéant : C.C., Q.P.C., 8 juin 2012, n°2012-253, *M. Mickaël D.*, J.O. du 9 juin 2012, p. 9796, cons. 9 et 10 ; Procédures, 2012, comm. n°256 (1^{ère} espèce), note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; R.P.D.P., 2012, p. 711, obs. T.-S. RENOUX et X. MAGNON.

¹⁹⁹ Art. L. 3131-1 du C.S.P., le texte prenant soin de préciser que de telles mesures « font immédiatement l'objet d'une information du procureur de la République ». Il est patent qu'elles portent atteinte à la liberté individuelle, dont l'autorité judiciaire se trouve érigée en gardienne par l'article 66 de la Constitution.

²⁰⁰ Décret n°60-1193 du 7 nov. 1960, J.O. du 15 nov. 1960, p. 10194.

²⁰¹ J.O. du 3 nov. 2010, p. 19645.

²⁰² Sur ce point, mais juste avant la réforme : L. D'AVOUT, L'originalité du droit pénal maritime, in Code pénal et Code d'instruction criminelle. Livre du bicentenaire, Dalloz, 2010, p. 659 et s., spéc. n°13, p. 670 et 671.

²⁰³ Il résulte des articles 1142 et 1147 du Code civil que les dommages-intérêts alloués au créancier au titre de l'inexécution de l'obligation ou d'un retard dans son exécution constituent une modalité d'exécution de l'obligation de faire ou de ne pas faire : Cass. soc., 4 déc. 2002, Bull. civ., V, n°368 ; R.T.D.civ., 2003, p. 711, obs. (critiques) P. JOURDAIN.

sous forme de dommages et intérêts²⁰⁴. Il s'agit de l'application de l'adage « *nemo praecise cogi potest ad factum* » signifiant : « pas de contrainte directe dans l'obligation de faire »²⁰⁵. Au fond, ce principe se présente comme une mesure de conciliation entre contrainte et liberté personnelle²⁰⁶.

27. Si la prohibition de l'exécution forcée en nature se comprend au regard de l'inviolabilité de la personne humaine, ou bien de l'inefficacité de la coercition ou la défectuosité de l'exécution obtenue par ce procédé²⁰⁷, il n'empêche que l'attribution de dommages-intérêts, par quoi se résolvent en général les manifestations de mauvaises volontés, « n'est qu'une bien piètre compensation au préjudice réellement subi »²⁰⁸. Une voie d'exécution peut être pratiquée sur les biens du débiteur s'il refuse de les payer. En s'opposant à toute contrainte physique sur les personnes, sauf lorsque le droit de propriété semble être en jeu²⁰⁹, la jurisprudence n'écarterait pas l'exécution forcée en nature en cas d'irrespect d'une obligation de faire ou de ne pas faire²¹⁰. Est utilisée, à titre essentiel, la contrainte psychologique²¹¹ ou la saisie-appréhension²¹². Mais si la pression exercée sur le débiteur est trop forte, si sa liberté physique se trouve menacée, l'exécution par équivalent réapparaît, l'engagement ne pouvant se résoudre qu'en dommages-intérêts. Ayant aboli la contrainte par corps en matière civile et commerciale depuis la loi du 22 juillet 1867²¹³, le droit moderne, à la différence des droits de l'Antiquité, « tempère l'usage de la coercition par l'exigence de procédures judiciaires et

²⁰⁴ H. ROLAND, L. BOYER, *Nemo praecise cogi ad factum*, in Adages du droit français, Litec, 4^{ème} éd., 1999, n°260.

²⁰⁵ Faut-il en outre rappeler que la contrainte privée directe est prohibée dans son principe par le droit civil français ? V. J. BEGUIN, Rapport sur l'adage (...), *op. cit.*, p. 75 et 76 ; J. DEPPEZ, Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français, Travaux de l'association H. CAPITANT, t. XVII, 1964, Dalloz, 1968, p. 28 et s., spéc. p. 31 et 32, qui relate l'évolution, à savoir l'abandon historique de la coercition exercée sur les personnes.

²⁰⁶ V. en ce sens, L. AYNES, La contrainte (...), *op. cit.*, n°27, p. 42.

²⁰⁷ Exemples tirés de : H. ROLAND, L. BOYER, *Nemo praecise (...)*, *op. cit.*, où ils notent, à propos de l'inviolabilité de la personne humaine, que « vaincre la résistance du débiteur exigerait l'emploi de moyens violents contraires à la liberté et à la dignité individuelles ». Ils signalent encore que « "le travail forcé serait d'un rendement médiocre pour le créancier lui-même" » et qu'un « trouble serait porté à la paix publique par le recours à des brutalités entre particuliers, brutalités auxquelles répugnent nos mœurs ».

²⁰⁸ J. NORMAND, Le juge et le litige, L.G.D.J., 1965, Bibl. dr. privé, t. 65, préf. R. PERROT, n°21, p. 19. Adde, P. THERY, Exécution, in Dictionnaire de la culture juridique, P.U.F.-Lamy, Quadrige, 2003, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), p. 678 et s., not. p. 678 ; H. ROLAND, L. BOYER, *op. et loc. cit.*

²⁰⁹ V. par ex., Cass. civ. 3^{ème}, 9 sept. 2009, Bull. civ., III, n°187 ; J.C.P., 2010, 336, spéc. n°3, obs. H. PERINET-MARQUET (absence de voie de fait) ; Cass. civ. 3^{ème}, 25 janv. 2012, Bull. civ., III, n°16. Il ressort de ces arrêts que les travaux de démolition et de remise en état, ordonnées en application de l'article L. 480-5 du Code de l'urbanisme, ne sont pas des sanctions pénales mais des mesures à caractère réel opposables aux acquéreurs des constructions illégales, sans que la décision qui a ordonné ces mesures ait à être réitérée à leur encontre. L'ordre de démolition donné à l'auteur de travaux irréguliers oblige encore les propriétaires du terrain sur lequel ces travaux ont été réalisés. V. aussi, art. 1143 du C. civ.

²¹⁰ Il faut d'ailleurs rappeler que l'article 1184, al. 2 du C. civ. souligne le principe de l'exécution en nature.

²¹¹ V. à ce titre, J. CARBONNIER, Sociologie (...), *op. cit.*, p. 411, à propos du contentieux des impayés et la demande adressée au juge pour obtenir une injonction de payer afin de pratiquer une saisie ou d' « en faire valoir la menace » ; J. DEPPEZ, Rapport (...), *op. cit.*, p. 40 et s. Il peut y avoir condamnation à faire ou à ne pas faire, assortie d'une astreinte. En cas d'inexécution, V. art. 1144 du C. civ. ; L. AYNES, *op. cit.*, n°27, p. 42.

²¹² Cette mesure permet au créancier d'une obligation de remise ou de livraison d'un bien de l'appréhender. Le débiteur doit s'abstenir de toute intervention. Il n'y a aucune contrainte physique directe exercée à son encontre, la contrainte étant réalisée sur le bien en question.

²¹³ Il s'agissait de l'incarcération du débiteur défaillant afin de le contraindre au règlement de ses dettes. Cette mesure, certes modifiée, existe toujours en matière pénale, mais se nomme désormais « contrainte judiciaire » (art. 749 et s. du C.P.P.) depuis la loi n°2004-204 du 9 mars 2004, J.O. du 10 mars 2004, p. 4567 ; B. BOULOC, Rev. sc. crim., 2004, chron., p. 675 et s.

l'interdiction de la justice privée, protégeant ainsi la liberté des débiteurs contre la vindicte des créanciers »²¹⁴.

28. Aussi, il faut se garder de croire que l'article L. 111-1 du Code des procédures civiles d'exécution posant que « tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard »²¹⁵, autorise l'usage d'une coercition effrénée à l'encontre des personnes qui méconnaissent leurs obligations. Les voies d'exécution présentent certaines « "limites" », puisqu'elles « ne constituent des moyens directs d'exécution forcée en nature que dans les cas d'obligations de sommes d'argent »²¹⁶. L'absence de certains modes d'exécution générateurs de coercition sur les personnes, en particulier le recours à la force publique, cède la place à la contrainte psychologique ou « contrainte indirecte »²¹⁷. L'exécution *manu militari* conserve un domaine d'application restreint en matière civile²¹⁸. Souvent dénoncée, l'ineffectivité du droit de l'exécution procède vraisemblablement de ce manque de coercition²¹⁹. Il est vrai que cette dernière entre en conflit avec certaines règles, devenues de véritables dogmes : le respect de la liberté individuelle, la sauvegarde de la vie privée, l'inviolabilité du domicile et, en particulier, l'intégrité du logement familial « auquel il est sacrilège de porter atteinte »²²⁰.

29. Présence résiduelle de coercition en matière civile. Toute coercition n'est cependant pas exclue en ce domaine. Même si l'exécution ne porte pas sur la personne, l'huissier de justice peut solliciter le concours de la force publique pour vaincre la résistance du débiteur (ou d'un tiers) à une procédure dont il est responsable, telle une saisie²²¹. Il demeure impératif que l'exécution respecte les garanties

²¹⁴ J. DEPREZ, *op. cit.*, p. 32. Rapp., P. THERY, *op. cit.*, p. 680 : l'exécution forcée « prend la forme de "procédures" qui garantissent au débiteur que l'usage de la contrainte reste enfermé dans des limites socialement tolérables ». Dans une perspective historique : J. PREVAULT, L'évolution du droit de l'exécution forcée depuis la codification napoléonienne, Mélanges J. VINCENT, Dalloz, 1981, p. 297 et s.

²¹⁵ Ancien art. 1^{er}, al. 1, de la loi n°91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, J.O. du 14 juill. 1991, p. 9228. V. J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 408, faisant remarquer que ce ne sont pas les créanciers qui ont le pouvoir de contraindre, mais c'est « très durkheimiennement, (...) l'Etat ».

²¹⁶ G. COUCHEZ, D. LEBEAU, Voies d'exécution, Dalloz-Sirey, Université, 11^{ème} éd., 2013, n°4.

²¹⁷ *Ibid.* ; C. BRENNER, Procédures civiles (...), *op. cit.*, n°11 ; P. THERY, La place des procédures civiles d'exécution, in La réforme des procédures civiles d'exécution, R.T.D.civ., n° spécial hors série, Dalloz, 1993, p. 1 et s., spéc. n°11 à 16, p. 5 à 7 ; P. DELEBECQUE, Les nouvelles procédures civiles d'exécution, in La réforme des procédures civiles d'exécution, R.T.D.civ., n° spécial hors série, Dalloz, 1993, p. 15 et s., not. n°9 à 15, p. 19 à 22. V. *contra* : E. PUTMAN, La contrainte dans le droit de l'exécution, R.R.J., 1994, p. 341 et s., spéc. p. 342, 345 à 347, notant que « la coercition sur la personne n'est nullement désuète. Elle réapparaît et tend même à se diversifier ». Il évoque « la diversité de la contrainte personnelle ».

²¹⁸ G. COUCHEZ, D. LEBEAU, *op. cit.*, note n°3. Rapp., R. PERROT, Rapport de synthèse, in La réforme des procédures civiles d'exécution, R.T.D.civ., n° spécial hors série, Dalloz, 1993, p. 165 et s., spéc. n°13 à 17, p. 173 à 178 : « A côté de la contrainte matérielle qui peut aller jusqu'à l'emploi de la force, le législateur privilégie des formes plus atténuées : la contrainte immatérielle, la contrainte comminatoire et la contrainte de sauvegarde ».

²¹⁹ Sur ce point : C. BRENNER, L'ineffectivité de l'exécution forcée, in Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité, éd. Juridiques et Techniques, coll. Droit et procédures, Paris, 2007, C. BRENNER (dir.), p. 43 et s., not. n°61 et 62, p. 44 et 45, n°77 et s., p. 51 et s., où il souligne « les soubassements de l'exécution forcée » ; E. PUTMAN, *op. cit.*, p. 354.

²²⁰ R. PERROT, *op. cit.*, n°12, p. 173 : « Ces valeurs sont infiniment plus puissantes qu'elles ne l'étaient autrefois ».

²²¹ Art. L. 153-2 du C.P.C.E. ; Art. L. 153-1 du C.P.C.E. Sur la question, J.-B. AUBY, L'exécution avec le concours de la puissance publique, in La réforme des procédures civiles d'exécution, R.T.D.civ., n° spécial hors série, Dalloz, 1993, p. 123 et s. ; P. ANCEL, L'exécution par la puissance publique, in La réforme des procédures civiles d'exécution, R.T.D.civ., n° spécial hors série, Dalloz, 1993, p. 135 et s.

légales, *a fortiori* lorsqu'elle concerne une personne. En matière d'expulsion²²², l'usage de la coercition reste admis à l'encontre des individus²²³. Depuis la célèbre affaire *Leroy* tranchée en 1974²²⁴, une évolution se dessine. La jurisprudence a indiqué « qu'en aucun cas l'huissier ne peut user de violence envers les personnes, et que seule la force publique peut lui fournir ce qu'il faut de violence légitime si cela se révèle nécessaire »²²⁵. Malgré l'emploi regrettable du terme « violence » au lieu de « contrainte », cette solution semble s'imposer. Si l'occupant est absent des locaux (commerciaux ou à usage d'habitation) au moment où l'huissier de justice se présente pour procéder à l'expulsion, ou s'il refuse d'évacuer les lieux, l'officier ministériel (ou le propriétaire du logement)²²⁶ doit en principe requérir le concours de la force publique²²⁷. Il ne saurait pénétrer dans le local sans l'assentiment de la personne²²⁸. Se heurtant à une difficulté mettant en jeu la paix publique, il lui faut requérir l'intervention de la force publique²²⁹. Celle-ci va s'introduire dans les lieux contre le gré de

²²² Art. L. 411-1 et s. et R. 411-1 et s. du C.P.C.E.

²²³ Dans le même sens : J.-H. ROBERT, Les sanctions (...), *op. cit.*, p. 127 et s., not. p. 134 ; J. BEAUCHARD, Le logement et les procédures civiles d'exécution, in La réforme des procédures civiles d'exécution, R.T.D.civ., n° spécial hors série, Dalloz, 1993, p. 109 et s., spéc. n°34 et s., p. 118 et s., précisant que « la protection du logement n'est que relative : on n'empêche pas l'expulsion, on ne peut que la retarder » ; C. BRENNER, *op. cit.*, n°13 ; G. COUCHEZ, D. LEBEAU, *op. cit.*, note n°3 et 21 et s.

²²⁴ Cass. Ass. plén., 16 déc. 1974 (*Leroy*), Bull. crim., n°369. L'huissier a accompli un acte coercitif puisqu'il est entré dans un domicile par une fenêtre restée ouverte, sans avoir demandé l'assistance de la force publique, et en l'absence des époux *Leroy*, qui auraient sans doute refusé une telle introduction. Il est venu procéder à l'exécution d'une décision judiciaire d'expulsion revêtue de la formule exécutoire. Pour éviter la condamnation de cet huissier du chef de violation de domicile, la Cour de cassation confirme la solution des juges du fond. Elle affirme, de façon lapidaire, que ceux-ci « constatent qu'il a accompli sa mission sans méconnaître les formalités expressément prescrites par la loi en cette matière ». L'Assemblée plénière a rendu un arrêt d'espèce. Sa position a tranché avec celle adoptée par la chambre criminelle dans la même affaire : Cass. crim., 3 fév. 1972, Bull. crim., n°46 : « Attendu (...) que les huissiers de justice ne peuvent (...) user personnellement de violences quelle qu'en soit la nature pour pénétrer dans le domicile d'une personne contre le gré de celle-ci ». Si le terme de « violences » se révèle impropre et doit être remplacé par celui de « contrainte » ou « coercition », la décision souligne la nécessité pour les huissiers de requérir l'assistance de la force publique. La solution rendue par l'Assemblée plénière semble néanmoins avoir été reprise par la suite : V. Cass. civ. 2^{ème}, 29 mars 1989, Inédit, n°88-11151.

²²⁵ CA Paris, 7 fév. 2002, RG n°2001/06566 ; B.I.C.C. n°560 du 15 juillet 2002, n°777 ; Dr. et procédures, 2002, p. 368, note B. MENUT. En l'espèce, l'huissier de justice a usé de violence puisqu'il s'est adjoint des maîtres-chiens pour impressionner les occupants, voire pour lui prêter main forte. Constitutif d'une faute, un tel comportement entraîne la nullité de la procédure d'expulsion et la condamnation de l'officier public à verser des dommages-intérêts.

²²⁶ V. CE, 10 fév. 2014, n°350265, *Gecina*, D., 2014, pan., p. 1473, obs. A. LEBORGNE ; Procédures, 2014, comm. n°202, note R. PERROT. Les dispositions des articles L. 153-2 et R. 153-1 du C.P.C.E. n'ont ni pour objet ni pour effet d'imposer au propriétaire, à peine d'irrégularité, d'agir par l'intermédiaire d'un huissier pour requérir le concours de la force publique. Celui-ci ne détient donc pas le monopole de réquisition de la force publique.

²²⁷ V. art. L. 431-1 du C.P.C.E., édictant que « les dispositions des articles L. 142-1 et L. 142-3 ne s'appliquent pas en matière d'expulsion, sous réserve des dispositions de l'article L. 451-1 » ; CA Montpellier, 24 juill. 2002, RG n°2002/01978 ; Dr. et procédures, 2002, p. 374, note J.-J. BOURDILLAT (en l'absence de la personne à expulser, l'huissier n'a d'autre choix que de dresser procès-verbal de tentative d'expulsion et de difficulté et de requérir le concours de la force publique). Sur ce point, A.-G. DUMAS, Conduite des opérations, in Droit et pratique des voies d'exécution, Dalloz, action, 7^{ème} éd., 2012, S. GUINCHARD et T. MOUSSA (dir.), n°522.12 et 522.21.

²²⁸ *Contra* : R. PERROT, P. THERY, Procédures civiles d'exécution, Dalloz, 3^{ème} éd., 2013, n°1100. Si la personne expulsée est en revanche présente et consent à ce que l'huissier entre dans les lieux, aucun concours de la force publique ne paraît nécessaire : V. TGI Béthune, JEX, 13 juill. 1999, Rev. huissiers, 2000, p. 234, obs. J.-J. BOURDILLAT ; CA Paris, 23 janv. 2003, Dr. et procédures, 2003, p. 254, note J.-J. BOURDILLAT (nullité de l'expulsion d'un local commercial).

²²⁹ A. LEBORGNE, Droit de l'exécution. Voies d'exécution et procédures de distribution, Dalloz, Précis, 2^{ème} éd., 2014, n°2651. L'huissier demande le concours de la force publique au préfet et non directement au commissaire de police, comme cela se pratique parfois. L'appréciation de la nécessité de requérir ledit concours appartient uniquement à l'huissier et non au préfet, l'exposé des diligences auxquelles il a été procédé et les difficultés d'exécution rencontrées ayant pour seul but d'éclairer le préfet sur la situation et sur les risques de troubles que l'expulsion peut comporter : CE, 25 nov. 2009, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales / Société Orly Parc*, n°323359 ; A.J.D.A., 2009, p. 2257, obs. S. B. ; L. CHOQUET, A. LEON, La demande de réquisition de la force publique en matière d'expulsion : un assouplissement confirmé des conditions de recevabilité, Dr. et procédures, 2012, p. 91 et s. Si les conditions légales de l'expulsion sont remplies, l'Etat a, en principe, l'obligation de prêter son concours pour l'exécution des décisions de justice et des autres titres

l'occupant et l'extraire par la force si nécessaire²³⁰. Bien que l'expulsion d'un local d'habitation bénéficie de garanties spécifiques, l'article L. 412-8 du C.P.C.E. mentionne que les articles L. 412-1 à L. 412-7 ne sont pas applicables à l'expulsion du conjoint, du partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou du concubin violent ordonnée par le juge aux affaires familiales en vertu de l'article 515-9 du Code civil²³¹.

30. Ajoutés par une loi du 9 juillet 2010²³², les articles 515-9 et suivants du Code civil, complétés par les articles 1136-3 et suivants du Code de procédure civile²³³, instituent un dispositif permettant à ce magistrat de délivrer une ordonnance de protection²³⁴. Rendue en urgence au profit de celui des membres du couple qui, victime de violences, se trouve en danger ou pour protéger une personne majeure menacée de mariage forcé²³⁵, cette ordonnance suppose la vraisemblance de la commission des faits de violence²³⁶. C'est une décision coercitive vu la nature des obligations susceptibles d'être imposées par le juge au conjoint, partenaire ou concubin supposé violent. L'article 515-11 du Code civil énonce des interdictions proches de celles qui peuvent être prononcées dans le cadre du contrôle judiciaire en procédure pénale, comme l'interdiction pour l'auteur des violences de recevoir ou de rencontrer certaines personnes désignées ou d'entrer en relation avec elles²³⁷, l'interdiction de détenir ou de porter une arme et l'obligation de remettre au greffe les armes dont il serait détenteur²³⁸... Le juge peut encore ordonner, à la demande de la personne majeure menacée de mariage forcé, une interdiction temporaire de sortie du territoire²³⁹. Enfin, une autre forme de coercition existe en matière civile. Il s'agit d'intrusions graves, d'atteintes à l'inviolabilité du domicile et à l'intimité de la vie

exécutoires. Son refus ouvre droit à réparation : art. L. 153-1 du C.P.C.E. ; V. par ex., CE, 29 mars 2002, *SCI Stephaur et autres*, n°243338 ; J.C.P., 2002, II, 10179, note J.-C. ZARKA. Au nom du droit de propriété, le refus de concours de la force publique dans une procédure d'expulsion doit toujours être justifié, car à défaut, la Cour de Strasbourg condamne la France : V. CEDH, 31 mars 2005, *Matheus / France*, n°62740/00, not. §68 à 72 ; J.C.P., 2005, I, 159, n°11 et 19, obs. F. SUDRE (violation de l'article 1 du Protocole n°1 à la Convention) ; CEDH, 21 janv. 2010, *Barret et Sirjean / France*, n°13829/03, §39 à 47 et CEDH, 21 janv. 2010, *R.P. / France*, n°10271/02, §36 à 43 ; Procédures, 2010, comm. n°71, note N. FRICERO. A l'instar du juge administratif, le juge européen admet néanmoins le refus de concours de la force publique pour des considérations sérieuses d'ordre public ou social.

²³⁰ L'utilisation éventuelle de la force participe de la définition de l'expulsion, généralement comprise comme « l'action de faire sortir une personne, en vertu d'un titre exécutoire et au besoin par la force, d'un lieu où elle se trouve sans droit » : G. CORNU (dir.), *op. cit.*, p. 440, « Expulsion ».

²³¹ V. A. LEBORGNE, *Droit de l'exécution*, D., 2011, pan., p. 1509 et s., spéc. p. 1510. C'est dire qu'une telle expulsion du domicile familial peut avoir lieu même si celui-ci lui appartient en propre et y compris pendant la période de trêve hivernale.

²³² Loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, J.O. du 10 juill. 2010, p. 12762.

²³³ Créés par un décret n°2010-1134 du 29 septembre 2010 relatif à la procédure civile de protection des victimes de violences au sein des couples, J.O. du 30 sept. 2010, p. 17738 ; E. BAZIN, *Violences dans les couples : procédure aux fins de mesures de protection des victimes*, J.C.P., 2010, aperçu rap., 986.

²³⁴ Sur ce dispositif : F. DEFFERRARD, *La « suspicion légitime » contre les violences au sein des couples ou le nouveau « référé protection »*, Dr. pénal, 2010, Etude n°27, spéc. n°10, 11 et 16 ; E. BAZIN, *Les nouveaux pouvoirs du JAF en matière de violences au sein des couples*, J.C.P., 2010, Etude, 957, not. n°19, 20 et 24 à 26 ; J. ALIX, *Le dispositif français de protection des victimes de violences conjugales*, A.J. pénal, 2014, dossier, p. 208 et s., spéc. p. 210 et 211.

²³⁵ Pour cette dernière situation : art. 515-13 du C. civ.

²³⁶ V. not., art. 515-11 du C. civ., qui n'est pas sans rappeler la terminologie utilisée par le Code de procédure pénale ou le droit européen.

²³⁷ Art. 515-11, 1° du C. civ.

²³⁸ Art. 515-11, 2° du C. civ.

²³⁹ Art. 515-13, al. 2 du C. civ.

privée. Les constats d'adultère dressés par huissier au domicile d'un époux ou d'un tiers, voire dans un lieu différent, participent de ces atteintes. Autorisés par un juge, ils ont été admis par la jurisprudence qui a affirmé leur compatibilité avec les termes de l'article 259-2 du Code civil²⁴⁰.

31. La coercition, trait propre à la procédure pénale. Mais hormis ces quelques exceptions, le droit civil réprovoque l'emploi de procédés coercitifs et intrusifs. En témoigne le rejet des enregistrements clandestins et écoutes téléphoniques dans le cadre du procès civil²⁴¹, ou l'interdiction, au nom du principe de l'inviolabilité du corps humain posé à l'article 16-1 du Code civil, de toute coercition directe pratiquée sur le corps de l'individu, tels les prélèvements biologiques utilisés à des fins probatoires²⁴². Au contraire, le propre de la procédure pénale est d'être contraignante²⁴³. On discerne vite que « le droit pénal est par excellence le droit de la coercition et de l'enfermement »²⁴⁴. Il ne faut dès lors guère s'étonner que le recours aux pouvoirs coercitifs, prévus par le Code de procédure pénale, s'avère strictement cantonné aux seules poursuites judiciaires²⁴⁵. De tels pouvoirs fondent la spécificité et la singularité de la procédure pénale ; ils marquent une scission définitive avec le droit judiciaire privé²⁴⁶. En effet, « la contrainte pénale se distingue en ce qu'elle entrave la liberté d'aller et de venir de l'individu, alors que la contrainte civile porte uniquement sur le patrimoine de

²⁴⁰ Ce texte dispose : « Les constats dressés à la demande d'un époux sont écartés des débats s'il y a eu violation de domicile ou atteinte illicite à l'intimité de la vie privée ». Sur l'admission des constats d'adultère : V. Cass. civ. 1^{ère}, 6 fév. 1979, J.C.P., 1980, II, 19290, note R. LINDON ; Cass. civ. 2^{ème}, 5 juin 1985, Bull. civ., II, n°111 ; CA Paris, 14 nov. 1985, J.C.P., 1986, II, 20643, note R. LINDON ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 nov. 1992, Bull. civ., I, n°285 ; Defrénois, 1993, p. 712, obs. J. MASSIP ; CA Paris, 18 nov. 1999, D., 2000, I.R., p. 11. Sur la question : A. BERGEAUD, Le droit à la preuve, L.G.D.J., 2010, Bibl. dr. privé, t. 525, préf. J.-C. SAINT-PAU, n°579, p. 500 et n°608, p. 521 à 523.

²⁴¹ V. not., Cass. civ. 2^{ème}, 7 oct. 2004, Bull. civ., II, n°447 ; D., 2005, jurispr., p. 122, note P. BONFILS ; D., 2005, pan., p. 2652, obs. L. MARINO ; R.T.D.civ., 2005, p. 135, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Cass. Ass. plén., 7 janv. 2011, D., 2011, p. 562, note F. FOURMENT. *Adde*, art. 259-1 du Code civil relatif au divorce, précisant qu'« un époux ne peut verser aux débats un élément de preuve qu'il aurait obtenu par violence ou fraude ».

²⁴² Sur les modalités de recueil du consentement : art. L. 1131-1 du C.S.P. Si de tels prélèvements sur le corps de la personne ne peuvent être exécutés de manière coercitive dans le procès civil, ils sont parfois effectués d'office en procédure pénale, c'est-à-dire contre son gré : V. art. 706-47-2 du C.P.P. et art. 706-56, I, al. 5 du C.P.P. Sur la question, C. MARIE, La contrainte dans le procès, *in* La contrainte, Economica, Etudes juridiques, 2007, L. GRYNBAUM (dir.), p. 121 et s., spéc. p. 132 et 133, faisant remarquer, à propos du refus de prélèvement sur le corps d'une personne dans le procès civil, que « le principe posé par le Code civil (art. 10) et son écho dans le Code de procédure civile (art. 11) (...) permet au juge de tirer des conséquences probatoires d'un tel refus ». La différence entre les procédures civile et pénale ressort : aucune coercition sur le corps de l'individu n'est admise dans un procès civil.

²⁴³ Dans le même sens : E. VERGES, Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables, D., 2007, chron., p. 1441 et s., spéc. p. 1446 et 1447 ; B. BOULOC, La contrainte ou force majeure en droit de la responsabilité pénale, *in* La contrainte, Economica, Etudes juridiques, 2007, L. GRYNBAUM (dir.), p. 52 : « De toutes les disciplines juridiques, le droit pénal est sans doute celle qui comporte le plus de contraintes sur le plan procédural, un individu peut être retenu lors d'un contrôle d'identité ou d'un contrôle douanier ; il peut être gardé à vue, avec ou sans arrestation, et mis en détention provisoire ».

²⁴⁴ R. KOERING-JOULIN, P. TRUCHE, Retour sur le champ (...), *op. cit.*, p. 518 ; J. ALIX, La place de l'homme dans le droit pénal contemporain, *in* Politique(s) criminelle(s), Mélanges C. LAZERGES, Dalloz, 2014, p. 71 et s., spéc. p. 73 : « (...) le droit pénal, droit coercitif et douloureux par essence, porte atteinte aux droits fondamentaux de l'homme ». *Adde*, J. ROBERT, Variations sur l'« enfermement », *in* Code pénal et Code d'instruction criminelle. Livre du bicentenaire, Dalloz, 2010, p. 411 et s.

²⁴⁵ V. C.C., 11 janv. 1990, n°89-271 DC, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*, Rec., p. 21, cons. 3, réfutant toute possibilité pour la commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques de demander à des O.P.J. d'exercer des « pouvoirs coercitifs » ; « toute autre interprétation serait contraire aux dispositions de la Constitution qui garantissent la liberté individuelle ».

²⁴⁶ V. à cet égard, R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. II, Procédure pénale, Cujas, 5^{ème} éd., 2001, n°4.

l'individu »²⁴⁷. Elle apparaît donc « sans commune mesure » avec cette dernière²⁴⁸. Par essence coercitive, la procédure pénale se double d'un caractère intrusif considérable dans la mesure où elle permet d'accomplir, dans le respect des exigences légales, des perquisitions, interceptions de conversations téléphoniques, sonorisations et captations d'images²⁴⁹.

32. La définition de la procédure pénale. Ayant pour objet les modalités selon lesquelles s'exerce la réaction sociale en cas de violation alléguée d'un interdit déterminé par le législateur, la procédure pénale est constituée de l'ensemble des règles relatives à la constatation des infractions ainsi qu'à l'identification, l'appréhension, la poursuite et le jugement de leurs auteurs²⁵⁰. Elle a aussi été définie comme « la mise en œuvre du droit pénal de fond par des lois de forme, à tous les stades de la réaction sociale, dès la commission de l'infraction, en tout cas dès sa révélation et sans pour autant aller jusqu'à un procès devant une juridiction de jugement »²⁵¹. Le mot procédure, qui vient du latin *procedere* évoque une marche, un processus, puisqu'il signifie littéralement « aller en avant »²⁵². En soi, toute procédure constitue une forme d'exécution, car « procéder, c'est faire quelque chose, en l'occurrence partir du droit pour agir sur le fait »²⁵³. C'est donc par son truchement que « le droit entre en contact avec le fait, qu'il devient effectif, qu'il s'agisse de mettre en place dans le monde des faits une situation juridique ou de sanctionner concrètement la violation d'une règle de droit ; sans la

²⁴⁷ E. VERGES, *op. cit.*, p. 1447.

²⁴⁸ *Ibid.* ; C. MARIE, *op. cit.*, p. 136 et 137 : « Le juge civil, à la différence du juge pénal, ne dispose pas d'un véritable pouvoir de coercition. En effet, il ne peut pas, par exemple, procéder à des perquisitions ou décerner des mandats de comparution ». Rapp., J. NORMAND, Le juge (...), *op. cit.*, n°322, p. 341 et n°328, p. 347.

²⁴⁹ *Ibid.* Afin d'expliquer cette différence entre les procédures civile et pénale, l'auteur ajoute : « La restriction de la liberté d'aller et de venir et l'intrusion de l'autorité publique dans la vie privée des individus marquent véritablement la scission entre procédures civile et pénale. Le procès pénal se caractérise par sa dimension conflictuelle. Il oppose une personne qui peut garder le silence, voire mentir, à l'autorité publique qui peut porter atteinte aux droits fondamentaux de l'individu pour découvrir la vérité. A l'inverse, le procès civil est dominé par un esprit de coopération entre les parties, tenues de contribuer à la recherche de la vérité et le juge, dont la mission consiste à aider les parties dans cette quête ». Sur l'utilisation de la contrainte, « plus prégnante dans le procès pénal que dans le procès civil » : C. MARIE, *op. cit.*, p. 122.

²⁵⁰ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, Corpus, 3^{ème} éd., 2013, n°1. V. déjà, R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, Sirey, 11^{ème} éd., 1912, n°289, p. 535 : « L'objet de la procédure répressive est d'organiser les autorités et les juridictions pénales, de régler leur compétence et la marche du procès depuis les actes de recherche jusqu'aux actes d'exécution de la sentence ».

²⁵¹ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, LexisNexis, Manuel, 9^{ème} éd., 2013, n°2. Pour d'autres définitions, assez proches : P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, Armand Colin, 4^{ème} éd., 2002, n°1 ; C. AMBROISE-CASTEROT, P. BONFILS, *Procédure pénale*, P.U.F., Thémis droit, 2011, n°2 ; E. VERGES, *Procédure pénale*, LexisNexis, Cours, 3^{ème} éd., 2011, n°1. Si la procédure pénale « a pour objet la réglementation du procès pénal » (B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, Précis, 24^{ème} éd., 2014, n°2), il vaut mieux préférer les termes de « procédure pénale » dans l'intitulé de cette recherche plutôt que ceux de « procès pénal », ces derniers pouvant prêter à confusion car ils sont parfois utilisés pour désigner la seule phase de jugement (V. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. et loc. cit.*, prenant soin de préciser que « la procédure pénale peut s'appliquer sans procès pénal »). Pour une vision différente et sur la notion de procès pénal : K. GACHI, *Le respect de la dignité humaine dans le procès pénal*, L.G.D.J., 2012, *Bibl. sc. crim.*, t. 54, préf. A. DECOCQ, n°14 et s., p. 14 et s.

²⁵² S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op. et loc. cit.*, indiquant qu'« en français courant, le mot procédure désigne une manière de faire pour aboutir à un certain résultat ». C'est en raison du sens propre de ce terme que, selon un auteur, « l'expression "procédure pénale" devrait être seulement la science du déroulement du procès. Et ce que nous mettons sous cette expression devrait s'appeler droit judiciaire répressif ou pénal » : J. PRADEL, *Procédure pénale*, Cujas, Référence, 17^{ème} éd., 2013, n°1.

²⁵³ H. CROZE, Une autre idée de la procédure, *in* Une certaine idée du droit, Mélanges A. DECOCQ, Litec, 2004, p. 129 et s., spéc. n°15, p. 136.

procédure, le fait et le droit sont l'un à l'autre étanches et le droit est impuissant »²⁵⁴. L'importance de la procédure en général, *a fortiori* celle de nature pénale, apparaît ainsi tangible.

33. Le caractère primordial de la procédure pénale. Son aspect fondamental a été souligné de longue date. Faustin HELIE note déjà que « la loi de procédure (...) est le complément nécessaire des libertés publiques ; ses formalités sont destinées à protéger les droits des citoyens, à les préserver de tout acte arbitraire, de tout excès de pouvoir ; elle acquiert donc la même importance que la loi politique, et cette importance est immédiate ; car elle protège ou menace incessamment les biens les plus précieux, l'honneur, la vie, la sûreté des hommes ; elle peut les froisser à chaque moment ; elle est donc l'objet d'une continuelle sollicitude de la part des pouvoirs de l'Etat et des membres de la société »²⁵⁵. Il semble bien, sous cet éclairage, que « le droit procédural, notamment pénal, et la manière dont il est mis en œuvre incarnent l'identité juridique d'une nation. Plus que toute autre matière, il met en lumière ses principes, ses combats, ses dérives, ses valeurs »²⁵⁶. Compte tenu de la place si particulière de la coercition au sein de cette procédure, il faut veiller à préserver l'équilibre des intérêts en présence, ceux des individus soupçonnés ou poursuivis, d'une part, ceux de la société, d'autre part²⁵⁷. Le renforcement de la coercition observé depuis une quinzaine d'années, surtout après les attentats du 11 septembre 2001²⁵⁸, se traduit par une progression de la privation de liberté avant jugement, des investigations corporelles, des fouilles de domiciles et véhicules, etc. Or, « protéger l'homme contre la

²⁵⁴ H. CROZE, *op. cit.*, n°4, p. 130 et 131.

²⁵⁵ F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle (ou Théorie du Code d'instruction criminelle)*, t. I, Plon, 2^{ème} éd., 1866, n°4, p. 7. Sur l'idée, V. aussi, M. ANCEL, *Les droits de l'homme et le droit pénal*, René CASSIN *Amicorum discipulorumque liber*, t. IV, Pedone, Paris, 1972, p. 219 et s., spéc. p. 220 ; J. PRADEL, *op. cit.*, n°2.

²⁵⁶ D. COMMARET, *La procédure pénale vue comme modèle éthique et déontologique des professions judiciaires*, in *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 313 et s., spéc. p. 334. Sur ce point, V. aussi : R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, n°4 : « On peut dire, sans exagération, que la procédure criminelle est l'exact reflet des conditions dans lesquelles, dans un pays donné, sont conçues les relations entre l'Etat et la personne humaine » ; R. KOERING-JOULIN, J.-L. GALLET, *L'application au fond de la Convention devant les juridictions répressives*, in *Droits de l'homme en France. Dix ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme devant les juridictions judiciaires françaises*, Strasbourg, 1985, p. 77 et s., spéc. p. 78 : « La procédure pénale étant le révélateur, voire même le miroir grossissant du système social environnant, plus un Etat va protéger les droits et libertés fondamentaux de l'individu, plus il va se montrer soucieux d'organiser une procédure pénale conforme à ses aspirations. Il va donc multiplier les dispositions de détails qui opèreront comme autant de verrous de sécurité pour le justiciable, certes, mais aussi comme autant de pièges pour le praticien du droit » ; S. GUINCHARD, *Une certaine idée de la sécurité et de la liberté en France à travers vingt ans de discours politiques sur le sentiment d'insécurité*, in *Une certaine idée du droit*, Mélanges A. DECOCQ, Litec, 2004, p. 311 et s., spéc. p. 312.

²⁵⁷ C'est à propos de ces deux intérêts que Faustin HELIE (in *Traité de l'instruction criminelle*, t. I, *op. cit.*, n°1, p. 4) évoque « deux intérêts également puissants, également sacrés », qui « veulent être à la fois protégés (...) ».

²⁵⁸ Cette progression de la coercition s'est traduite par l'adoption de lois « sécuritaires » (loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, etc). Pour ce même constat : H. LECLERC, *La dérive des libertés en France*, Petites affiches, 7 avril 2005, n°69, p. 19 et s. ; C. MARIE, *op. cit.*, p. 137 à 139, qui conclut par une mise en garde : « Veillons à ce que les sirènes de la sécurité, aussi séduisantes soient-elles, ne contraignent pas au silence les droits de l'homme dans le procès » ; D. THOMAS, *L'évolution de la procédure pénale française contemporaine : la tentation sécuritaire*, in *Le champ pénal*, Mélanges R. OTTENHOF, Dalloz, 2006, p. 53 et s. ; L. GARRIDO, *Le droit à la sûreté : un droit en danger ?*, in *Le droit à la sûreté. Etat des lieux, état du droit*, Cujas, Actes et études, 2012, L. GARRIDO (dir.), p. 3 et s., spéc. p. 8 et s. ; Face à cette évolution de la politique criminelle, plus autoritaire et à connotation positiviste car fondée sur la potentielle dangerosité de l'individu (d'où le renouveau des mesures de sûreté), a été dénoncé « un relâchement du contrôle du Conseil (constitutionnel) seulement apparemment maîtrisé par des réserves d'interprétation » : C. LAZERGES, *Le rôle du Conseil constitutionnel en matière de politique criminelle*, C.C.C., 2009, n°26, p. 34 et s.

toute-puissance de l'Etat » reste essentiel²⁵⁹. Une procédure doit sans doute être efficace, elle doit, d'un autre côté, demeurer juste²⁶⁰.

34. Les « actes coercitifs » en procédure pénale. La procédure pénale se compose d'une succession d'actes. A cet égard, « les règles de procédure sont des règles de *production d'actes* »²⁶¹. Qualifié de « charte protectrice des honnêtes gens contre l'arbitraire et l'erreur », le Code de procédure pénale comporte de nombreuses dispositions autorisant les O.P.J. et les magistrats à faire usage de coercition²⁶². Il leur offre ce pouvoir en leur permettant d'effectuer des actes coercitifs sous certaines conditions. Mise en lumière dans des arrêts rendus par la Cour de cassation en 1996²⁶³, l'expression d'« acte coercitif » s'avère désormais courante²⁶⁴. Il est possible de la considérer comme synonyme de « mesure coercitive », terminologie fréquemment utilisée²⁶⁵. Dans son acception spécifique, l'acte signifie parfois mesure, ainsi des actes et mesures conservatoires en droit civil, « deux expressions équivalentes, parfaitement interchangeables »²⁶⁶. Dans son acception générique, l'acte paraît englober la mesure²⁶⁷. Le mot « acte » vient du latin *actum* et *agere* « faire », ce qui renvoie à agir. Au sens le plus large, il signifie donc l'action, l'activité²⁶⁸. Ainsi l'acte coercitif, c'est l'action, l'activité coercitive ou encore agir de façon coercitive. Le terme « mesure », venant du latin *mensura* et *metiri* « mesurer », possède *a priori* un sens plus restreint²⁶⁹.

35. La nécessaire dissociation des actes coercitifs des mesures de contrainte. Voilà pourquoi il apparaît préférable de retenir l'expression d'« acte coercitif » dans le cadre de cette étude, plutôt que celle de « mesure coercitive ». En procédure pénale, le vocable « acte » semble s'imposer²⁷⁰. Sont

²⁵⁹ G. RIPERT, Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique, D., 1950, chron., p. 1 et s., spéc. p. 4.

²⁶⁰ V. J. LEROY, Procédure pénale, L.G.D.J., Manuel, 3^{ème} éd., 2013, n°2 et 3. Sur la politique criminelle et la procédure pénale de l'Italie fasciste et de l'Allemagne nazie, J. DANET, Relire « la politique criminelle des Etats autoritaires », in Le champ pénal, Mélanges R. OTTENHOF, Dalloz, 2006, p. 37 et s., not. p. 45 et 46.

²⁶¹ H. CROZE, Une autre idée (...), *op. cit.*, n°17, p. 138 (l'auteur souligne).

²⁶² Pour cette qualification, V. M. GARÇON, Défense de la liberté individuelle, Fayard, 1957, p. 73.

²⁶³ Cass. crim., 6 fév. 1996, Bull. crim., n°60 ; D., 1996, jurisp., p. 198, note J. PRADEL ; Dr. pénal, 1996, comm. n°74, note A. MARON ; Justices, 1996, n°4, p. 286, chron. D. REBUT ; Procédures, 1996, comm. n°94, note J. BUISSON ; Cass. crim., 30 mai 1996, Bull. crim., n°226 ; Rev. sc. crim., 1996, p. 880, obs. J.-P. DINTILHAC ; Dr. pénal, 1996, comm. n°174, note A. MARON.

²⁶⁴ V. par ex., Cass. crim., 9 juill. 2003, Bull. crim., n°134 ; Cass. crim., 1^{er} oct. 2003, Bull. crim., n°177 ; Cass. crim., 1^{er} fév. 2011, Bull. crim., n°15 ; Cass. crim., 31 oct. 2012, Inédit, n°12-84220.

²⁶⁵ V. art. 695-9-31 du C.P.P. ; Cass. crim., 13 juin 1996, Bull. crim., n°252 ; Cass. crim., 1^{er} avril 1998, Bull. crim., n°124 ; Cass. crim., 30 juin 1999, Bull. crim., n°176 ; Cass. crim., 31 oct. 2006, Bull. crim., n°263 ; Cass. crim., 22 nov. 2011, Bull. crim., n°234 (les expressions « acte coercitif » et « mesure coercitive » sont employées l'une pour l'autre dans le cinquième moyen) ; Dr. pénal, 2012, comm. n°12, note A. MARON et M. HAAS ; Cass. crim., 18 sept. 2012, Bull. crim., n°191 ; Cass. crim., 23 avril 2013, Inédit, n°13-80639.

²⁶⁶ C. BRENNER, L'acte conservatoire, L.G.D.J., 1999, Bibl. dr. privé, t. 323, préf. P. CATALA, n°119 et 120, p. 73.

²⁶⁷ En ce sens, C. BRENNER, *op. cit.*, n°121, p. 74.

²⁶⁸ V. Le Grand Robert de la langue française, Paris, A. REY (dir.), « Acte », I.A.1.b.

²⁶⁹ V. Le Grand Robert de la langue française, Paris, A. REY (dir.), « Mesure ». C'est ce qu'il est possible de constater en lisant les différentes acceptions de ce mot. Par exemple, ce dictionnaire retient comme sens premier l'« action de déterminer la valeur de (une grandeur) par comparaison avec une grandeur constante de même espèce, prise comme terme de référence (étalon, unité) ». V. aussi, Le nouveau LITTRE, « Acte » et « Mesure ».

²⁷⁰ Dans la loi (V. par ex., art. 41, al. 1^{er} du C.P.P. : « Le procureur de la République procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale » ; Art. 173 du C.P.P. ; Art. 801-1 du C.P.P. : « Tous

généralement évoqués et étudiés « l'acte » de police judiciaire²⁷¹, « l'acte » d'instruction²⁷², « l'acte » juridictionnel²⁷³... Ces deux terminologies recouvrent toutefois une seule et même notion. A ce titre, « il est évident qu'on ne peut pas justifier une distinction de deux notions seulement par une simple distinction de mots ; ce serait confondre les mots et les concepts »²⁷⁴. La « mesure de contrainte », à laquelle le Code de procédure pénale se réfère dans son article préliminaire, se montre quelque peu différente. Elle constitue une notion plus étendue. Puisque le législateur a retenu le terme « contrainte » et non « coercition », il a englobé la contrainte psychologique. Cette forme de contrainte marque la scission entre les notions de contrainte et de coercition. Celle-ci lui reste étrangère, elle ne l'embrasse pas. Sous cet éclairage, l'acte coercitif se distingue de l'acte contraignant ou de contrainte. Supposant une exécution d'office, il prive son destinataire de tout choix. Le consentement ou l'opposition de ce dernier s'avère indifférent. Un tel acte sera exécuté et, si nécessaire, de force. N'admettant aucune alternative, il demeure surtout physique²⁷⁵. C'est dire que tous les actes dont la menace d'une peine plane sur l'individu s'il refuse d'exécuter une obligation qui lui incombe, ne s'analysent pas comme des actes coercitifs, mais comme des actes contraignants ou mesures de contrainte²⁷⁶.

36. Refus de confusion des actes coercitifs avec les mesures de « la troisième voie ». L'acte coercitif se différencie également de diverses mesures parfois adoptées en procédure pénale. Connues sous le nom de « troisième voie » (entre poursuivre et classer l'affaire sans suite), les procédures alternatives aux poursuites engendrent certaines mesures distinctes des actes coercitifs²⁷⁷. Elles se composent du

les **actes** mentionnés au présent Code, qu'il s'agisse d'**actes** d'enquête ou d'instruction ou de décisions juridictionnelles (...) », bien que le terme « mesure » rencontre un certain succès ces dernières années (Art. préL., III, al. 2 du C.P.P. : « Les mesures de contraintes (...) » ; Art. 62-2 du C.P.P. : « La garde à vue est une mesure de contrainte (...) »). Une recherche sur le site légifrance, dans la partie « recherche experte dans la jurisprudence judiciaire », montre que l'expression exacte « mesure coercitive » revient plus souvent que celle de « acte coercitif » dans les arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation (inédits et publiés au bulletin). Cela ne signifie pas pour autant que la chambre criminelle préfère celle-là à celle-ci, l'expression « mesure coercitive » pouvant être plus souvent mentionnée dans les arrêts d'appel ou les moyens au pourvoi.

²⁷¹ Cass. crim., 30 oct. 2001, Bull. crim., n°223 ; Cass. crim., 9 mars 2010, Bull. crim., n°48 ; Cass. crim., 13 sept. 2011, Bull. crim., n°178. Pour une étude complète de cet acte : J. BUISSON, L'acte de police, Thèse, Lyon III, 1988, préc.

²⁷² Art. 7 du C.P.P. : « (...) il n'a été fait aucun acte d'instruction ou de poursuite » ; Art. 81, al. 1^{er} du C.P.P. (« actes d'information ») ; Cass. crim., 24 nov. 1998, Bull. crim., n°315 ; Cass. crim., 19 déc. 2012, Bull. crim., n°285 ; G. STEFANI, L'acte d'instruction, Recueil d'études en hommage à L. HUGUENEY, Problèmes contemporains de procédure pénale, Sirey, 1964, p. 135 et s. ; B. BOULOC, L'acte d'instruction, L.G.D.J., 1965, Bibl. sc. crim., préf. G. STEFANI.

²⁷³ Ou bien la « décision » juridictionnelle (V. not., art. 801-1 du C.P.P., préc.), mais il est rarement question de « mesure » juridictionnelle. Sur l'emploi de la formule « acte juridictionnel » en jurisprudence : Cass. crim., 5 déc. 1972, Bull. crim., n°375 ; Cass. crim., 17 fév. 2009, Bull. crim., n°40.

²⁷⁴ O. BEAUD, La souveraineté dans (...), *op. cit.*, p. 1264, à propos de la puissance étatique et de la souveraineté.

²⁷⁵ En ce sens aussi, E. PICARD, Police, *op. cit.*, p. 774 : « La coercition, comprise comme le pouvoir de contraindre physiquement ».

²⁷⁶ Ou actes de contrainte ou mesures contraignantes. Par exemple, l'article 706-56, II du C.P.P. énonce que « le fait de refuser de se soumettre au prélèvement biologique prévu au premier alinéa du I est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende » (deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende lorsque les faits sont commis par une personne condamnée pour crime). Il s'agit donc d'un acte de contrainte, une contrainte psychologique étant exercée sur la personne, mais non d'un acte coercitif. Celle-ci dispose d'un choix, aussi limité soit-il. Il n'y a ni exécution d'office ni exécution forcée dans cette situation. Rapp., C. MARIE, *op. cit.*, p. 133.

²⁷⁷ Art. 40-1, 2° du C.P.P. Rapp., C. MARIE, *op. cit.*, p. 123, étudiant « le relâchement de la contrainte par l'évitement du "procès" ».

rappel à la loi²⁷⁸, de l'obligation de réparer le dommage né de l'infraction, de la médiation pénale²⁷⁹, de la composition pénale²⁸⁰... Le procureur de la République peut, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, proposer une composition pénale à un individu qui reconnaît avoir commis une (ou plusieurs) infraction punie de cinq ans d'emprisonnement au plus. Elle consiste en une ou plusieurs mesures, telles que le versement d'une amende de composition au Trésor public, ne pas paraître dans certains lieux, ne pas rencontrer ou recevoir les coauteurs ou complices des faits, ni entrer en relation avec eux, se soumettre à une mesure d'injonction thérapeutique, etc. Il s'agit, au fond, de sanctions pénales²⁸¹, voire « de peines qui ne disent pas leur nom : des quasi-peines »²⁸². De nature différente de la composition pénale, la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité²⁸³ constitue un mode de jugement de certains délits et non une simple alternative aux poursuites²⁸⁴. Une ou plusieurs « peines » sont proposées par le magistrat du parquet à la personne²⁸⁵, qui peut les accepter. Le président du tribunal de grande instance décidera ensuite de les homologuer ou non. Ce ne sont pas des actes coercitifs qui sont prononcés au terme de cette procédure, mais bel et bien des peines²⁸⁶.

37. La différence entre les actes coercitifs et les mesures de sûreté. Il faut, enfin, se défendre de confondre l'acte coercitif avec les mesures de sûreté à forte coloration pénale, qui entretiennent d'ailleurs l'ambiguïté régnant autour de la distinction peine/mesure de sûreté²⁸⁷. Qualifiées de mesures

²⁷⁸ V. Cass. crim., 6 déc. 2011, Bull. crim., n°245. Le rappel à la loi, auquel le procureur de la République peut procéder en application de l'article 41-1, 1° du C.P.P., n'établit pas la culpabilité de la personne suspectée ou poursuivie qui en fait l'objet. Une telle mesure n'implique donc pas la constitution d'un délit. En outre, le parquet peut décider d'un rappel des obligations résultant de la loi, puis classer la plainte sans suite. Mais l'exécution de l'obligation prescrite n'éteint pas l'action publique, la victime pouvant donc mettre celle-ci en mouvement par la voie d'une citation directe devant la juridiction de jugement : Cass. crim., 17 janv. 2012, Bull. crim., n°12.

²⁷⁹ Art. 41-1, 5° du C.P.P. Le procès-verbal de médiation pénale constitue une transaction, qui tend à régler tous les différends s'y trouvant compris, et dont l'irrespect peut donner lieu à des poursuites : Cass. civ. 1^{ère}, 10 avril 2013, Bull. civ., I, n°80 ; J.C.P., 2013, act., 467.

²⁸⁰ Art. 41-2 du C.P.P. Sur la différence entre les procédures de médiation et de composition pénales : P. CONTE, La nature juridique des procédures « alternatives aux poursuites » : de l'action publique à l'action à fin publique ?, *in* Sciences pénales et sciences criminologiques, Mélanges R. GASSIN, P.U.A.M., 2007, p. 189 et s. De façon plus générale : D. DECHENAUD, Les voies alternatives, *in* Droit pénal : le temps des réformes, Litec, 2011, p. 215 et s. Il est à noter que l'article 35 de la loi n°2014-896 du 15 août 2014 crée un article 41-1-1 du C.P.P., qui octroie un pouvoir de transaction à l'O.P.J.

²⁸¹ V. P. PONCELA, Quand le procureur compose avec la peine (*bis*), *Rev. sc. crim.*, 2003, chron., p. 139 et s. ; C. SAAS, De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur, *Rev. sc. crim.*, 2004, doct., p. 827 et s.

²⁸² J.-C. SAINT-PAU, Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ?, *Dr. pénal*, 2007, Etude n°14, spéc. n°4, faisant remarquer que toutes les mesures proposées lors d'une composition pénale sont inscrites au casier judiciaire (V. art. 41-2 *in fine* du C.P.P.) ; E. VERGES, Procès civil (...), *op. cit.*, p. 1442, pour la même qualification de « quasi-peine » ; F. DEBOVE, L'aveu, *in* Code pénal et Code d'instruction criminelle. Livre du bicentenaire, Dalloz, 2010, p. 347 et s., spéc. p. 356, qui évoque « des mesures à forte connotation pénale ».

²⁸³ Art. 495-7 et s. du C.P.P. ; G. AZIBERT, Perspectives et prospectives au sujet de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité dans la loi dite « PERBEN 2 », *in* Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 173 et s.

²⁸⁴ C.C., Q.P.C., 10 déc. 2010, n°2010-77, *Mme Barta Z*, J.O. du 11 déc. 2010, p. 21711, cons. 5 ; F. DEBOVE, *op. cit.*, p. 358 et 359.

²⁸⁵ Art. 495-8 du C.P.P.

²⁸⁶ V., à ce sujet, les très intéressantes remarques de C. SAAS, *op. cit.*, p. 831. Au cours de la procédure, des actes coercitifs peuvent être en revanche adoptés si la personne demande à bénéficier du délai de réflexion de dix jours avant de donner sa réponse sur la proposition de la peine formulée par le parquet : V. art. 495-10 du C.P.P., qui prévoit le contrôle judiciaire, l'assignation à résidence et même la détention provisoire.

²⁸⁷ Sur ce dernier point, E. GARÇON, V. PELTIER, *op. cit.*, n°12 et 13.

de sûreté « afflictives », elles forment de véritables punitions ou sanctions pénales²⁸⁸. Ceux qui les subissent les ressentent ainsi, malgré les dénégations du juge constitutionnel leur refusant cette qualification. Tel est le cas du retrait de la carte de séjour temporaire d'un étranger « passible de poursuites » du chef de diverses infractions relevant de la « traite des êtres humains »²⁸⁹, de l'inscription dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles²⁹⁰, de la surveillance judiciaire, incluant la surveillance électronique mobile, imposée à certains condamnés²⁹¹, de la surveillance et de la rétention de sûreté²⁹², ou des mesures de sûreté ordonnées à l'encontre d'une personne qui bénéficie d'un jugement ou d'un arrêt de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental²⁹³. Infligées non en réponse à une culpabilité, mais dans un souci de police ou pour prévenir la récidive, toutes ces mesures constituent des sanctions ou punitions. Elles ne doivent pas être assimilées aux actes coercitifs.

38. L'identification des principaux actes coercitifs en procédure pénale. Mieux vaut, en réalité, se tourner vers les actes de police judiciaire, de poursuite et d'instruction, et ceux de juridiction pour percevoir l'acte coercitif en procédure pénale. Cet examen exclut les actes effectués par les autorités administratives qui cherchent à s'informer ou à prévenir les désordres à l'ordre public sans but répressif : investigations intrusives de l'administration fiscale, contrôles d'identité préventifs, rétention provisoire des étrangers... Sans doute ces actes à finalité préventive obéissent-ils au même calcul de

²⁸⁸ J.-H. ROBERT, La punition selon le Conseil constitutionnel, C.C.C., 2009, n°26, p. 9 et s., spéc. n°16, p. 13 ; E. DREYER, Droit pénal général, LexisNexis, Manuel, 2^{ème} éd., 2012, n°1214.

²⁸⁹ C.C., 13 mars 2003, n°2003-467 DC, *Loi sur la sécurité intérieure*, Rec., p. 211, cons. 81 à 85 (qualification de « mesure de police », rejet de la qualification de « sanction »).

²⁹⁰ C.C., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, Rec., p. 66, cons. 74 ; Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 17^{ème} éd., 2013, n°46, p. 554 (« mesure de police »).

²⁹¹ C.C., 8 déc. 2005, n°2005-527 DC, préc., cons. 14 : « (...) la surveillance judiciaire ne constitue ni une peine ni une sanction ». Selon le Conseil, elle est une modalité d'exécution de la peine, limitée à la durée d'exécution de la peine (cons. 13) ; Gaz. pal., 2005, jurisp., p. 4176, note J.-E. SCHOETTL ; Rev. sc. crim., 2006, chron., p. 133, obs. V. BÜCK. Pour un regard critique : C. LAZERGES, Le rôle (...), *op. cit.*, p. 36.

²⁹² C.C., 21 fév. 2008, n°2008-562 DC, préc., cons. 9 : « (...) la rétention de sûreté n'est ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition ; que la surveillance de sûreté ne l'est pas davantage ». Pour le juge européen, la rétention (ou détention) de sûreté constitue, au contraire, une peine (CEDH, 17 déc. 2009, *M. / Allemagne*, préc.). Y recourir nécessite des dispositions légales ou jurisprudentielles claires, prévisibles et accessibles (CEDH, 10 juin 2010, *Borer / Suisse*, n°22493/06 ; A.J. pénal, 2010, p. 389, note E. PECHILLON ; CEDH, 13 janv. 2011, *Kallweit / Allemagne*, n°17792/07 ; CEDH, 13 janv. 2011, *Haidn / Allemagne*, n°6587/04 ; D., 2011, act., p. 379, obs. O. BACHELET) et la mesure ne saurait être fondée sur l'article 5 §1 e) de la Convention relatif aux aliénés, lorsqu'il existe une différence de traitement entre les délinquants dangereux et les malades mentaux dans le système juridique interne : V. CEDH, 13 janv. 2011, *Haidn*, préc., §91 à 97. C'est le cas en France, une personne dangereuse souffrant de troubles mentaux peut faire l'objet d'une hospitalisation d'office conformément au Code de la santé publique.

²⁹³ C.C., 21 fév. 2008, n°2008-562 DC, préc., cons. 31. Ces mesures de sûreté sont prévues aux articles 706-136 et 706-136-1 du C.P.P., ce dernier texte ayant été créé par la loi n°2014-896 du 15 août 2014 et aménageant la possibilité pour le juge de l'application des peines d'ordonner une obligation de soins lors de la libération de la personne. Il s'agit de l'interdiction d'entrer en relation avec la victime de l'infraction ou certaines personnes ou catégories de personnes, notamment les mineurs désignées, l'interdiction de paraître dans tout lieu spécialement désigné, l'interdiction de détenir ou de porter une arme, la suspension du permis de conduire... V. J. BUISSON, La déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : loi du 25 février 2008, Procédures, 2008, Etude n°4, spéc. n°13 à 20 ; H. MATSOPOULOU, Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux, Dr. pénal, 2008, Etude n°5. La prise en charge des personnes détenues atteintes de troubles mentaux s'est améliorée avec la loi n°2013-869 du 27 septembre 2013. Cette loi renforce les droits et garanties accordées aux personnes en soins psychiatriques sans consentement et aménage les modalités de prise en charge des personnes détenues atteintes de troubles mentaux. A cet égard, J. BUISSON, obs. préc., Procédures, 2013, comm. n°320.

proportionnalité que ceux à finalité répressive : l'activité législative fait l'objet d'un contrôle constitutionnel²⁹⁴. Ils pourront donc être parfois évoqués. Mais ils n'entrent pas, de façon générale, dans le cadre de cette recherche consacrée à la procédure pénale. Bref, sont essentiellement concernés les actes de recherche et de constatation des infractions, tâche de la puissance publique à laquelle elle procède en entamant certaines libertés individuelles, comme la sûreté personnelle, l'inviolabilité du domicile, le secret des correspondances, l'intimité de la vie privée, etc²⁹⁵. « Ennemie intime de la liberté »²⁹⁶, la coercition est l'essence même de plusieurs actes en procédure pénale : l'arrestation²⁹⁷, la garde à vue²⁹⁸, le contrôle judiciaire, l'assignation à résidence, la détention provisoire²⁹⁹, les mandats de justice, les prélèvements corporels forcés... A ces actes dissemblables, s'en ajoutent d'autres en raison de leur caractère très intrusif. Ils génèrent une telle atteinte aux libertés individuelles qu'ils peuvent être considérés comme coercitifs. Ce sont les perquisitions et saisies³⁰⁰, les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications et les sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules³⁰¹.

39. *Appréhender l'acte coercitif.* L'ensemble de ces actes apparaît indispensable à la sauvegarde de l'efficacité de la procédure afin de résorber, au plus vite, le trouble causé à l'ordre public par l'infraction³⁰². Le juge constitutionnel adopte du reste « une conception circulaire de l'ordre public qui postule que la préservation de celui-ci permet de rendre effectives les libertés individuelles »³⁰³.

²⁹⁴ V. J.-H. ROBERT, *op. cit.*, n°19, p. 14.

²⁹⁵ V. J.-H. ROBERT, *op. et loc. cit.* ; Rapp., sur la notion de puissance publique, J.-Y. PINOY, Administration et pouvoirs, *in* Droit et pratique des voies d'exécution, Dalloz, action, 7^{ème} éd., 2012, S. GUINCHARD et T. MOUSSA (dir.), n°284.13.

²⁹⁶ E. PICARD, Commentaire de l'article 12 (...), *op. cit.*, p. 203.

²⁹⁷ Dans un arrêt très ancien, la chambre criminelle a défini l'arrestation : V. Cass. crim., 16 mars 1893, S., 1893, I, p. 216 : « Attendu que (...) l'arrestation d'un individu surpris en flagrant délit n'est qu'une mesure de police essentiellement provisoire, exécutée sans formalités spéciales, exclusive de tout emprisonnement proprement dit, qui a pour but de placer l'inculpé sous la main de la justice et de le faire comparaître devant le magistrat compétent pour décider s'il doit ou non être mis en état de détention ».

²⁹⁸ Art. 62-2 du C.P.P. C'est « une mesure de contrainte décidée par un officier de police judiciaire, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, par laquelle une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement est maintenue à la disposition des enquêteurs ».

²⁹⁹ Le vieil arrêt précité (Cass. crim., 16 mars 1893) a aussi défini la détention : « Attendu que la détention, au sens juridique du mot, est une mesure d'instruction entourée de formes solennelles, qui ne commence qu'au moment où le magistrat, après avoir interrogé l'inculpé, délivre contre lui un mandat de dépôt ou d'arrêt et le fait conduire à la maison d'arrêt dans laquelle son incarcération est régularisée par une inscription sur le registre d'écrou ».

³⁰⁰ Encore que la perquisition « partage avec la garde à vue, sinon dans sa définition, au moins dans ses conditions d'application, le caractère privatif de liberté » : F. FOURMENT, La perquisition « taisante », *Gaz. pal.*, 9-11 fév. 2014, n°40 à 42, p. 22 et s., not. p. 22.

³⁰¹ Exactement dans le même sens, J.-C. SAINT-PAU, Droit au respect de la vie privée et droit pénal, *Dr. pénal*, 2011, Etude n°20, spéc. n°26 : « (...) la norme pénale légitime certaines investigations judiciaires portant atteinte à la vie privée sans le consentement de la personne concernée, c'est-à-dire de manière coercitive ou clandestine : perquisitions et saisies (...), interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, sonorisation et fixation d'image de certains lieux ou véhicules » ; P. BEAUVAIS, obs. sur CEDH, 2 sept. 2010, *Uzun / Allemagne*, R.P.D.P., 2011, p. 187, qualifiant les écoutes téléphoniques de « mesures coercitives classiques de la procédure pénale ».

³⁰² Sur le caractère nécessaire de ces actes, V. déjà : G. ROUJOU DE BOUBEE, La protection des droits de l'homme dans la procédure pénale, R.I.D.P., 1978, p. 502 et s., spéc. p. 505 ; J. PRADEL, Les pouvoirs de la police judiciaire en droit français, *in* Droits de l'individu et police, Thémis-litec, 1990, p. 71 et s., spéc. p. 74 et 80, pour qui « l'inéluctabilité de la garde à vue est sa seule justification ».

³⁰³ A. HAQUET, Droit pénal constitutionnel ou droit constitutionnel pénal ?, *in* Constitutions et pouvoirs, Mélanges J. GICQUEL, Montchrestien, Lextenso, 2008, p. 233 et s., not. p. 238, s'appuyant sur la décision *Sécurité et liberté* de 1981.

Malgré un « déséquilibre flagrant » entre les normes de référence présentes lors de son contrôle (d'un côté l'ordre public, d'un autre, la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile, le secret des correspondances, etc), la notion d'ordre public sert à « justifier la constitutionnalité de la loi pénale », partant les actes coercitifs³⁰⁴. Exécutés d'office et supposant une pression concrètement exercée, au moyen de la force si nécessaire³⁰⁵, portant gravement atteinte aux libertés individuelles, ces actes sont confiés aux O.P.J. et aux magistrats par le législateur³⁰⁶ et, à titre exceptionnel, aux simples particuliers³⁰⁷. Contrairement à une idée répandue dans la doctrine publiciste, la coercition ne suppose pas nécessairement d'être soumise à l'autorisation préalable d'un juge³⁰⁸. En enquête sur infraction flagrante, les O.P.J. agissent en vertu d'un pouvoir propre accordé par la loi et n'ont aucune autorisation judiciaire à obtenir pour pratiquer des contrôles d'identité, arrestations, gardes à vue ou perquisitions et saisies.

³⁰⁴ *Ibid.* Rapp., G. DRAGO, avant-propos, in L'ordre public, Rapport de la Cour de cassation 2013, consultable sur le site de la Cour de cassation, pour qui « l'ordre public manifeste une double limitation. Il crée d'abord un mécanisme d'habilitation donné aux autorités publiques pour restreindre légitimement certains droits ou certaines libertés. Cette limitation des droits et libertés est organisée et encadrée, sous le contrôle du juge ». Dans ce rapport de 2013, est développé « l'ordre public comme limite aux libertés et droits fondamentaux ». Les illustrations en matière pénale reposent parfois sur des actes coercitifs (V. Rapport, Partie 3, titre II, chapitre 1, section 2).

³⁰⁵ A la différence de la contrainte qui peut être un moyen de pression, la coercition est une pression concrètement exercée. V. E. PICARD, *op. cit.*, p. 204.

³⁰⁶ *Contra* : J. BUISSON, L'acte (...), *op. cit.*, p. 167, s'appuyant sur le principe de la séparation des pouvoirs : « Un même organe ne doit pas cumuler l'exercice de plusieurs fonctions étatiques. (...) Le pouvoir étatique suppose certes la capacité de contraindre, mais dans le partage de ce pouvoir entre divers organes, l'exécutif seul récupère le "droit de force publique". La sauvegarde de la liberté exige que soit maintenue cette répartition des compétences entre la justice, qui ne doit pas détenir la coercition, et l'exécutif dont la police et la gendarmerie n'ont pas à posséder la répression ». L'auteur a soutenu cette thèse avec vigueur (V. J. BUISSON, Les leçons de l'histoire (...), *op. cit.*, p. 42 et spéc. la note n°44 ; J. BUISSON, La notion (...), *op. cit.*, p. 216 ; J. BUISSON, La contrainte, *op. cit.*, p. 922 et 923. Il se réfère aux travaux de MOMMSEN, lequel écrit pourtant que « le droit de coercition est une partie essentielle, on pourrait dire l'expression essentielle des pouvoirs du magistrat dans leur plénitude » : T. MOMMSEN, Manuel des antiquités romaines, t. I, Le droit public romain, 1892, réimpr. 1984, De Boccard, p. 161. Dans un autre ouvrage, celui-ci a également affirmé que « l'arrestation dépend comme toute coercition de l'arbitraire du magistrat » : T. MOMMSEN, Manuel des antiquités romaines, t. XVII, Le droit pénal romain, t. 1, Albert Fontemoing, Paris, 1907, p. 383). L'idée selon laquelle la coercition appartient au seul pouvoir exécutif, donc à la police et à la gendarmerie, a été reprise (N. FERREIRA, La coercition (...), *op. cit.*, p. 165 ; Rapp., en matière civile, C. JARROSSON, Réflexions (...), *op. cit.*, n°19, p. 254 et 255 et n°26, p. 257). Cependant, d'autres auteurs soulignent que les magistrats disposent de la coercition, qu'ils attentent aux libertés individuelles (J. PRADEL, Le droit au juge dans la procédure pénale française, in Le droit au juge dans l'Union européenne, L.G.D.J., 1998, J. RIDEAU (dir.), p. 23 et s., not. p. 29 à 32 ; J.-P. COSTA, Le juge et les libertés, Pouvoirs, 1998, n°84, p. 75 et s., spéc. p. 77 ; C. MARIE, *op. cit.*, p. 129 et 130 ; Adde, E. PICARD, La notion de police (...), *op. cit.*, t. 2, n°279, p. 518 et 519). Cette dernière thèse mérite d'être consacrée. Celle suivant laquelle les magistrats ne disposent pas de la coercition (qui appartiendrait donc au seul pouvoir exécutif) en procédure pénale s'avère très discutable. Il est en effet possible de dissocier l'administration de la coercition de son exécution. Celui qui administre la contrainte, qui décide d'y recourir, n'est pas toujours celui qui la met en œuvre, qui l'exerce concrètement (mandats de justice, écoutes téléphoniques, sonorisations...). Or, l'acte coercitif n'est pas juste celui qui est effectivement exécuté ; c'est aussi celui qui est légalement décidé et sans lequel la coercition contre les personnes et les biens ne saurait être exercée. Il n'est pas qu'un acte matériel de réalisation effective, c'est aussi un acte juridique d'administration. Son auteur peut prendre une décision et l'exécuter lui-même (garde à vue décidée par un O.P.J.), mais parfois c'est un autre qui l'exécute (mandat d'arrêt ou de dépôt : ce n'est pas le juge qui emmène l'individu en détention, mais la force publique). Dans tous les cas, il s'agit d'actes coercitifs qui ont des conséquences dans le monde matériel. En outre, le Code de procédure pénale prévoit des actes coercitifs décidés et exécutés par des magistrats. Dans le cadre de l'information, le juge d'instruction peut mener une perquisition en vue de recueillir des indices. Mieux, les perquisitions et saisies pratiquées dans des lieux protégés en enquête de flagrance (domicile ou cabinet d'un avocat, entreprises de presse ou de communication audiovisuelle, cabinet d'un médecin, etc : art. 56-1, 56-2 et 56-3 du C.P.P.) sont diligentées par un magistrat, qui a seul compétence à l'exclusion des O.P.J. et A.P.J. Les actes les plus coercitifs émanent d'ailleurs uniquement des juges : prolongations de garde à vue, mandats d'arrêt et de dépôt, placements sous contrôle judiciaire ou en détention provisoire, sonorisations et fixation d'images... Enfin, l'article préliminaire du C.P.P. n'énonce-t-il pas que « les mesures de contraintes dont cette personne peut faire l'objet **sont prises sur décision** ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire » ? N'est-ce pas attribuer, de manière explicite, un pouvoir de coercition aux magistrats ?

³⁰⁷ Art. 73 du C.P.P., pour l'hypothèse résiduelle de l'arrestation.

³⁰⁸ V. ROMIEU, concl. sur T.C., 2 déc. 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, S., 1904, III, p. 17, p. 20 et 21.

40. L'hypothèse d'une notion d'acte coercitif. En somme, compte tenu de la nouveauté relative de l'expression « acte coercitif » dans le langage juridique, conjuguée à l'importance primordiale de cet acte, constitutif de la spécificité et singularité de la procédure pénale au regard des autres types de procédures, notamment civile, l'hypothèse de l'existence d'une notion autonome se dessine. Cela implique de rechercher si la notion d'acte coercitif jouit d'une place à part entière en procédure pénale, parallèlement à celles qui y sont consacrées, à savoir l'acte de police judiciaire, l'acte de poursuite et d'instruction ou celui de juridiction ; et, dans l'affirmative, examiner la façon dont elle s'articule par rapport à celles-ci. Cette recherche semble fondamentale à plusieurs égards. Elle peut souligner l'émergence d'une notion en droit positif, qui formerait une nouvelle catégorie juridique, celle des actes coercitifs. Or, ce travail de systématisation ne paraît pas avoir été réalisé par la doctrine³⁰⁹. Il lui incombe pourtant, eu égard à son rôle prépondérant en matière d'identification et de classification des concepts, voire dans la formation du droit³¹⁰. Il exige de vérifier que le vocable d'acte coercitif correspond bien à la réalité juridique, puis déterminer quels actes composent cette catégorie, enfin trouver à celui-ci une définition, c'est-à-dire se consacrer à la recherche de son ou ses critères, analyser ce qui le distingue des autres actes de la procédure, non coercitifs.

41. L'intérêt d'un régime juridique spécifique. Le travail serait toutefois incomplet s'il s'achevait de la sorte. Dégager une notion parallèle aux qualifications traditionnelles ne suffit pas. Encore faut-il examiner le régime juridique qui lui est applicable. Si l'acte coercitif demeure une notion singulière, véritablement distincte des autres, il bénéficie alors d'un régime autonome, constitué de grands traits communs, puisque toute différence de nature entraîne une différence de régime³¹¹. Etudier son régime présente un intérêt tangible, car « le droit n'est pas fait pour le plaisir et l'agrément des docteurs, il a des fonctions sociales à remplir »³¹². En plus d'un « résultat théorique », il serait bienvenu qu'un « résultat pratique » ressorte de cette étude, « un résultat *pratiquement exploitable*, étant entendu que l'exploitation, par définition, ne relève pas du chercheur lui-même »³¹³. De ce point de vue, le régime juridique de l'acte coercitif présente un intérêt pratique supérieur à la notion, davantage théorique. Il permet de discerner, mesurer, voire exiger les garanties inhérentes aux libertés individuelles dans la procédure pénale française. Ces garanties s'avèrent fondamentales, elles participent de l'Etat de

³⁰⁹ Laquelle s'est plutôt intéressée à la notion de contrainte (J. BUISSON, *La contrainte*, *op. cit.*) ou à l'encadrement de la contrainte probatoire en procédure pénale française (C. COPAIN, Thèse, Lyon III, 2011, préc., spéc. n°21). La notion de contrainte probatoire a ainsi été définie comme « le pouvoir exclusif de l'Etat, exercé par la force publique, soit de sa propre initiative, soit sur décision d'une autorité judiciaire, portant atteinte à la sûreté, à la liberté d'aller et venir, ou à l'inviolabilité des correspondances et du domicile, de l'individu suspecté qui ne peut s'y soustraire, et ayant pour finalité la recherche de la vérité dans le seul intérêt de la Société ».

³¹⁰ Sur ce dernier point, C. ATIAS, *Réflexions sur les méthodes de la science du droit*, D., 1983, chron., p. 145 et s., spéc. n°10, p. 147.

³¹¹ J.-L. BERGEL, *Différence de nature égale différence de régime*, R.T.D.civ., 1984, p. 255 et s.

³¹² G. VEDEL, note sous CA Douai, 3 janv. 1962 et T. civ. Lyon, 20 nov. 1961, *Baud*, J.C.P., 1962, II, 12560.

³¹³ P. JESTAZ, *Qu'est-ce qu'un résultat en droit ?*, Etudes offertes au professeur P. MALINVAUD, Litec, 2007, p. 293 et s., spéc. p. 299 et s. (l'auteur souligne). S'agissant du résultat pratique, il consiste à « inventer des notions, des théories ou des distinctions pour subvenir aux besoins de la pratique, autrement dit à donner des munitions aux praticiens ». Quant au résultat théorique, « à la différence du précédent, ce résultat laisse indifférents les avocats et les magistrats, mais il procure aux professeurs un plaisir d'ordre esthétique. L'auteur, en effet, n'a pas de visée normative ».

droit³¹⁴. Seul celui-ci accepte une autolimitation de son pouvoir de contrainte au nom des libertés qu'il reconnaît et garantit, sous le contrôle du juge, tierce partie entre l'Etat et les individus³¹⁵. Seul l'Etat de droit est amené à sacrifier en partie les libertés-autonomie, en cas de nécessité, « conformément au principe de la contrainte minimum que renferme aussi la notion de “nécessité” : dans l'accomplissement de cet office, le régime de droit s'efforce donc d'éviter autant qu'il le peut l'usage de la contrainte physique par une multiplication des médiations normatives entre les volontés, les intérêts et les faits contradictoires (...) »³¹⁶.

42. La nécessité impérieuse d'encadrer la coercition. En dépit de ses avantages essentiels au bon déroulement de la procédure pénale (efficacité de la recherche des preuves, appréhension et rétention des suspects, en résumé, contribution sensible à la manifestation de la vérité), l'acte coercitif doit faire l'objet d'un encadrement maximum, vu son atteinte aux libertés individuelles et son danger pour la présomption d'innocence. Une vigilance accrue s'impose à l'heure où la quête de sécurité prédomine et conduit à multiplier les réformes de cette procédure³¹⁷. S'il semble naturel que la liberté, telle que définie à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen³¹⁸, possède des limites³¹⁹, une régulation de la coercition demeure toutefois impérative³²⁰. C'est, précisément, ce qui a amené le législateur à inscrire les grands principes gouvernant les actes coercitifs dans l'article préliminaire (III) du Code de procédure pénale³²¹. Ceux-ci sont pris sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Ils doivent être strictement limités aux nécessités de la procédure, proportionnés à la gravité

³¹⁴ Sur ce concept : O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. I, 1903, Paris, éd. V. Giard et E. Brière, *Bibl. intern. dr. public*, §5, spéc. p. 75 et 76, 81 et 82 ; M. TROPER, *Le concept d'Etat de droit*, *Droits*, 1992, n°15, p. 51 et s., affirmant pourtant (p. 60 et s.) que l'Etat de droit n'est pas un moyen efficace d'assurer la liberté ; D. ROUSSEAU, *L'Etat de droit est-il un Etat de valeurs particulières ?*, in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Mélanges P. PACTET, Dalloz, 2003, p. 885 et s. ; J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, Montchrestien, Lextenso, 5^{ème} éd., 2010.

³¹⁵ J.-P. COSTA, *Le juge (...)*, *op. cit.*, p. 84 et 85. JELLINEK a développé la théorie de l'autolimitation de l'Etat.

³¹⁶ E. PICARD, *Commentaire (...)*, *op. cit.*, p. 207, ajoutant que « (...) ce système de garanties n'a pas vocation à l'impuissance sous prétexte que la coercition ne serait pas un procédé “juridique” ; simplement, la coercition n'est pas “normative”, mais elle demeure juridique en tant qu'elle est gouvernée par le droit : la garantie des droits de l'homme et du citoyen passe par leur positivité, de sorte que l'exécution forcée contre la volonté d'un sujet ou l'exécution d'office à sa place peuvent s'avérer “nécessaires” en ce sens, et, par conséquent, fondées en droit naturel et positif ».

³¹⁷ La sécurité a été érigée en droit fondamental et consacrée à l'article 1^{er} de la loi n°95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité (J.O. du 24 janv. 1995, p. 1249). Modifié ultérieurement (loi du 15 novembre 2001), ce texte a été abrogé par l'article 19 de l'ordonnance n°2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du Code de la sécurité intérieure (J.O. du 13 mars 2012, p. 4533). Sur les causes de multiplication des réformes pénales, J.-L. NADAL, *Qui inspire les réformes pénales ? Propos introductifs*, in *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, *Thèmes et commentaires*, 2007, p. 65 et s., spéc. p. 67.

³¹⁸ « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits ; ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

³¹⁹ D. LOCHAK, *Les bornes de la liberté*, *Pouvoirs*, 1998, n°84, p. 15 et s., p. 17 et 18 ; J. RIVERO, *Les limites de la liberté*, in *Libertés*, Mélanges J. ROBERT, Montchrestien, 1998, p. 189 et s. *Adde*, E. PICARD, *Commentaire (...)*, *op. cit.*, p. 206 et 207, qui justifie la coercition au regard des exigences de la liberté. MONTESQUIEU voyait pourtant la liberté comme le bien le plus précieux de l'homme, celui qui permet de jouir de tous les autres : M. ANCEL, *La déclaration des droits de l'homme de 1789 et l'évolution du droit pénal français*, R.T.D.H., 1990, p. 99 et s., spéc. p. 100.

³²⁰ Opérer la régulation, non de l'économie ou du social, mais des libertés individuelles, constitue d'ailleurs « la raison d'être de l'Etat », selon M. DOUCHY, in *La notion de non-droit*, *op. cit.*, p. 472.

³²¹ Même s'il évoque « les mesures de contraintes » et non « les actes coercitifs », la première notion étant plus large puisque la contrainte possède un domaine plus étendu que la coercition. A la différence de cette dernière, elle comprend la contrainte psychologique.

de l'infraction reprochée et ne pas attenter à la dignité de la personne³²². Ces principes font écho à ceux de la Déclaration de 1789³²³. La liberté reste la règle, l'emploi de la coercition l'exception³²⁴. En matière de détention provisoire, la liberté de la personne prévaut toujours sur l'incarcération³²⁵. Il n'empêche que 14411 personnes ont été placées en détention provisoire en 2012 en France, tandis que 20625 ont été astreintes à une mesure de contrôle judiciaire, soit par le juge d'instruction, soit par le juge des libertés et de la détention³²⁶.

43. Soumission de l'acte coercitif aux exigences constitutionnelles et conventionnelles. Egalement applicables à l'acte coercitif, les principes constitutionnels connaissent un net regain d'actualité depuis l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en droit français le 1^{er} mars 2010³²⁷. Grâce à cette procédure, le justiciable a la possibilité de soulever l'inconstitutionnalité d'une loi en vigueur s'il considère que la disposition porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit³²⁸. Les juges du fond transmettent la question à la Cour de cassation (ou au Conseil d'Etat), qui décide, dans un délai déterminé, de son renvoi ou non au Conseil constitutionnel³²⁹. Dans une instance pénale, la personne poursuivie (mis en examen, prévenu ou accusé) peut désormais contester la conformité de dispositions légales régissant les actes coercitifs. Ceux-ci ont donné l'occasion au Haut conseil de prononcer des censures retentissantes³³⁰. Les exigences conventionnelles s'appliquent, en outre, à de

³²² V. C. MARIE, La contrainte (...), *op. cit.*, p. 126 à 130.

³²³ Art. 5 sur le principe général de liberté ; Art. 9 sur la nécessité et la proportionnalité de l'arrestation.

³²⁴ Sur ce point, T.-S. RENOUX, note sous C.C., 11 août 1993, n°93-326 DC, *Loi modifiant la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du Code de procédure pénale*, R.F.D.C., 1993, p. 848, not. p. 852. Ainsi, « c'est la contrainte qui doit être cantonnée dans d'étroites limites et proportionnée à l'objectif d'intérêt général à atteindre et non la liberté qui doit s'adapter à l'objectif d'ordre public visé ».

³²⁵ Pour un rappel clair de la règle : Cass. crim., 30 oct. 1990, Bull. crim., n°364 ; D. SALAS, *Etat et droit pénal. Le droit pénal entre « Thémis » et « Dikè »*, Droits, 1992, n°15, p. 77 et s., not. p. 85. Pour la dénonciation de sa méconnaissance dans « l'affaire d'Outreau » : P. CONTE, *Les galeux de la République. A propos de « l'affaire d'Outreau »*, J.C.P., 2006, I, 101, spéc. n°4.

³²⁶ Les chiffres-clés de la Justice, 2013, p. 16.

³²⁷ Cette création procède de la révision de la Constitution opérée par la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008, J.O. du 24 juill. 2008, p. 11890 ; V. A. ROUX, *Le nouveau Conseil constitutionnel. Vers la fin de l'exception française ?*, J.C.P., 2008, I, 175, not. n°26 et s. ; B. DE LAMY, *Les incidences, possibles et souhaitables, de l'avènement de la question préjudicielle de constitutionnalité*, Rev. sc. crim., 2009, chron., p. 154 et s. La loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution (J.O. du 11 déc. 2009, p. 21379) a modifié l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel pour organiser la procédure de question prioritaire de constitutionnalité. V. B. DE LAMY, *La question prioritaire de constitutionnalité : une nouveauté... lourde et inachevée*, Rev. sc. crim., 2010, chron., p. 201 et s. ; A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, Thèse, Paris II, 2011 ; L.G.D.J., 2014, Bibl. sc. crim., t. 58, préf. Y. MAYAUD.

³²⁸ A ce sujet : P. BON, *Le Conseil constitutionnel et la notion de « droits et libertés que la Constitution garantit »*, in *L'homme et le droit, En hommage au Professeur Jean-François FLAUSS*, Pedone, 2014, p. 101 et s.

³²⁹ Art. 61-1 de la Constitution. V. D. GUERIN, *La question prioritaire de constitutionnalité. Bilan provisoire et premières interrogations*, R.P.D.P., 2010, p. 883 et s. Pour un exemple de refus de renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité sur un acte coercitif (exécution du mandat d'arrêt européen, art. 695-27 du C.P.P.) : Cass. crim., 11 juin 2010, Dr. pénal, 2010, comm. n°87 (11^{ème} espèce), note A. MARON et M. HAAS.

³³⁰ V. not., C.C., Q.P.C., 30 juill. 2010, n°2010-14/22, *M. Daniel W. et autres (Garde à vue)*, J.O. du 31 juill. 2010, p. 14198, cons. 15 et 18 ; J.C.P., 2010, act., 844 ; D., 2010, pan., p. 2259, obs. J. PRADEL ; Dr. pénal, 2010, comm. n°113, note A. MARON et M. HAAS ; Procédures, 2010, comm. n°382, note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; R.P.D.P., 2010, p. 649, obs. E. VERNY et le dossier spécial consacrée à cette décision in R.P.D.P., 2010, p. 599 et s. ; Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 17^{ème} éd., 2013, n°50, p. 614 ; C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, n°2010-81, *Boubakar B. (Détention provisoire : réserve de compétence de la chambre de l'instruction)*, J.O. du 19 déc. 2010, p. 22375 ; D., 2011, act., p. 17 ; J.C.P., 2011, Note, 144, note V. TELLIER-CAYROL ; A.J. pénal, 2011, jurisp., p. 140, obs. L. ASCENSI ; Procédures, 2011, comm. n°74, obs. J. BUISSON ; C.C., Q.P.C., 17 fév. 2012, n°2011-223, *Ordre des avocats au barreau de Bastia*

tels actes³³¹. A titre principal, ce sont celles mentionnées aux articles 5 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui intéressent le droit à la liberté et à la sûreté ainsi que le droit au respect de la vie privée, du domicile et de la correspondance. Se trouvent concernées par le premier texte la garde à vue, la détention provisoire, les rétentions majeures en procédure pénale, etc³³². Le second vise les perquisitions, les écoutes téléphoniques, les sonorisations et fixations d'images... Cet encadrement constitutionnel, européen et législatif de l'acte coercitif témoigne d'une méfiance justifiée à son encontre.

44. Intérêt de la recherche au vu de l'actualité et raisonnement suivi. Savoir s'il existe une notion d'acte coercitif, constitutive d'une catégorie juridique spécifique, les actes coercitifs, est finalement une interrogation qui se pose avec acuité à la lumière des réformes récentes en procédure pénale. Certains de ces actes demeurent nouveaux. Plusieurs ont été consacrés en 2004, à l'occasion de la loi relative à la délinquance et criminalité organisées, d'autres l'ont été par des lois ultérieures. Ce sont les sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules³³³, le mandat d'arrêt européen, la captation de données informatiques³³⁴, les mesures conservatoires sur les biens de personnes mises en examen³³⁵, le gel de biens ou d'éléments de preuve susceptibles de faire l'objet d'une confiscation

(Garde à vue en matière de terrorisme : désignation de l'avocat), J.O. du 18 fév. 2012, p. 2846, cons. 7 (abrogation de l'article 706-88-2 du C.P.P.).

³³¹ Il n'y a rien de surprenant à voir les actes coercitifs soumis aux exigences européennes, la Cour de Strasbourg ayant fortement encadré le procès pénal. V. F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK, L'encadrement du procès pénal par la Cour européenne des droits de l'homme, *in* La procédure pénale en quête de cohérence, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 151 et s.

³³² V. G. LEVASSEUR, L'influence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur les privations ou restrictions de liberté antérieures au jugement répressif, *Les cahiers du droit*, 1985, p. 77 et s. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit aussi des garanties, elle tend à sauvegarder les libertés et droits fondamentaux de l'individu : V. L. WEITZEL, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, avancée ou régression ?, *in* L'Europe des droits fondamentaux, Mélanges en hommage à A. WEITZEL, Pedone, 2013, p. 225 et s.

³³³ Art. 706-96 et s., ajoutés par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

³³⁴ Art. 706-102-1 et s. du C.P.P., créés par la loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, J.O. du 15 mars 2011, p. 4582 ; P. CONTE, LOPPSI 2 ou la sécurité à la petite semaine. A propos de la loi du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, J.C.P., 2011, doctr., 626 ; C. RIBEYRE, *LOPPSI II* : de nouvelles règles au service de la répression, *Dr. pénal*, 2011, Etude n°10. V. aussi, le décret n°2011-1431 du 3 novembre 2011 portant modification du Code de procédure pénale pris pour l'application de l'article 706-102-6 de ce code relatif à la captation des données informatiques, J.O. du 5 nov. 2011, p. 18666 ; Procédures, 2011, comm. n°381, obs. J. BUISSON. Sur cet acte : S. HENNEQUIN, *Quid* de la captation de données informatiques ?, *D.*, 2011, p. 1358 et s., notant qu'il permet à l'enquêteur de « recueillir les seules données visualisées par l'utilisateur du système informatique, de prendre une "photographie" d'écran et de connaître les données qui seront saisies au clavier ». Pouvant être « partiellement assimilé à un "cheval de Troie" », cet acte semble « particulièrement attentatoire aux libertés individuelles » ; J. PRADEL, Introduction, *in* Les investigations policières, P.U.A.M., 2012, J. LEBLOIS-HAPPE (dir.), p. 9 et s., spéc. p. 21 et 22 ; M. QUEMENER, Les spécificités juridiques de la preuve numérique, *A.J. pénal*, 2014, dossier, p. 63 et s., spéc. p. 66.

³³⁵ Art. 706-103 du C.P.P., créé par la loi du 9 mars 2004, préc. Il existe aussi des mesures provisoires telles que le gel et la saisie, fondées sur la Convention du Conseil de l'Europe du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et introduit dans la législation française par la loi n°96-392 du 13 mai 1996 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic des stupéfiants et à la coopération internationale en matière de saisie et de confiscation des produits du crime, J.O. du 14 mai 1996, p. 7208. Sur ces mesures, A. LEBORGNE, T. MOUSSA, Lutte contre la criminalité, entraide européenne et procédures civiles d'exécution, *in* Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges S. GUINCHARD, Dalloz, 2010, p. 303 et s., spéc. p. 304 à 313.

ultérieure³³⁶, l'appréhension et la retenue d'un individu dans un local de police ou de gendarmerie en cas de suspicion de manquement à ses obligations au titre du contrôle judiciaire³³⁷, ou encore, tout récemment, l'appréhension puis la retenue décidée par un O.P.J. d'une personne soupçonnée de se soustraire aux obligations qui lui incombent en application de sa condamnation³³⁸. De plus, des actes coercitifs distincts ont fait l'objet de réformes récemment. Leur régime juridique a subi de profondes modifications. Il suffit de songer aux saisies³³⁹, à la garde à vue³⁴⁰ ainsi qu'à la retenue douanière³⁴¹, même si le rattachement de cette dernière à la procédure pénale peut paraître discutable. La question présente, en tout cas, une actualité et un intérêt certains³⁴². Afin de découvrir ce qui distingue les actes coercitifs des autres actes accomplis en procédure pénale, ce qui les oppose aux actes non coercitifs, l'hypothèse de l'existence de cette notion va être posée. Il s'agira de vérifier cette hypothèse en étudiant, notamment, les particularismes de cet acte. Il restera ensuite à vérifier si la notion d'acte coercitif bénéficie d'un régime commun, malgré l'hétérogénéité des actes susceptibles d'appartenir à

³³⁶ Art. 695-9-1 et s. du C.P.P., institués par la loi n°2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice, J.O. du 6 juill. 2005, p. 11136. L'article 695-9-1 du C.P.P. définit ce qu'est une décision de gel de biens ou d'éléments de preuve, comme « une décision prise par une autorité judiciaire d'un Etat membre de l'Union européenne, appelé Etat d'émission, afin d'empêcher la destruction, la transformation, le déplacement, le transfert ou l'aliénation d'un bien susceptible de faire l'objet d'une confiscation ou de constituer un élément de preuve et se trouvant sur le territoire d'un autre Etat membre, appelé Etat d'exécution ». Sur cet acte et les mesures conservatoires de l'article 706-103 du C.P.P., A. LEBORGNE, T. MOUSSA, *op. cit.*, p. 314 à 327. V. Directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne, J.O.U.E. L 127 du 29 avril 2014, p. 39, qui, dans son article 2, §5, précise que l'on entend par « gel », « l'interdiction temporaire du transfert, de la destruction, de la conversion, de l'aliénation ou du déplacement d'un bien, ou le fait d'en assumer temporairement la garde ou le contrôle ».

³³⁷ Art. 141-4 du C.P.P., institué par la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010, préc. Ce texte se trouve modifié par la loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales. Limitée à vingt-quatre heures, la retenue s'avère bien encadrée : la personne reçoit notification de ses droits : droit d'être examinée par un médecin, assistée par un avocat, de garder le silence lors des auditions, etc.

³³⁸ Art. 709-1-1 du C.P.P., créé par la loi n°2014-896 du 15 août 2014. Là encore, la retenue de vingt-quatre au plus dans un local de police ou de gendarmerie a pour objet de vérifier la situation de la personne et de l'entendre sur la violation de ses obligations. Elle se voit également entourée de garanties : information immédiate du parquet ou du juge de l'application des peines, information de la personne de la nature des obligations qu'elle est soupçonnée d'avoir violées et de ses droits, interdiction des investigations corporelles internes... Les garanties posées sont calquées sur celles de l'article 141-4. Pour une énumération des nouvelles mesures d'enquête pénale créées par la loi du 15 août 2014, V. M. LENA, obs. sur la loi n°2014-896 du 15 août 2014, D., 2014, p. 1692.

³³⁹ Loi n°2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale, J.O. du 10 juill. 2010, p. 12753 ; E. CAMOUS, Les saisies en procédure pénale : un régime juridique modernisé, Dr. pénal, 2011, Etude n°1 ; C. CUTAJAR, Le nouveau droit des saisies pénales, A.J. pénal, 2012, dossier, p. 124 et s. ; E. CAMOUS, G. COTELLE, La mise en état patrimoniale des affaires pénales, Dr. pénal, 2013, Etude n°12.

³⁴⁰ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, J.O. du 15 avril 2011, p. 6610 ; V. Garde à vue : les nouvelles dispositions issues de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011, Dr. pénal, 2011, dossier spécial, n°1 et 2 ; J. LEROY, La garde à vue après la réforme, LexisNexis, 2011, préf. A. DECOCQ.

³⁴¹ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011, préc. Elle se distingue du mécanisme de retenue douanière auxquels les titres de propriété intellectuelle permettent de recourir depuis la loi n°2014-315 du 11 mars 2014 : V. N. BINCTIN, La loi renforçant la lutte contre la contrefaçon, J.C.P., 2014, 416.

³⁴² V. encore, sur l'extension du champ d'application de la détention provisoire en matière d'apologie ou provocation au terrorisme telles qu'incriminées par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse : loi n°2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, J.O. du 22 déc. 2012, p. 20281 ; Rev. sc. crim., 2013, p. 417, obs. N. CATELAN. *Adde*, en matière pénale au sens de la Convention, le pouvoir de visite et de saisie en tous lieux des agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ayant au moins le grade de contrôleur, sur demande du ministre chargé de l'Economie, pour la recherche et la constatation des infractions à la réglementation relative à la sécurité et à la conformité des produits : art. L. 215-18 du C. consom., issu de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, J.O. du 18 mars 2014, p. 5400 ; Procédures, 2014, comm. n°181, obs. J. BUISSON ; V. VALETTE-ERCOLE, La loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : entre dépenalisation et pénalisation, Dr. pénal, 2014, Etude n°13, spéc. n°39.

cette catégorie. En un mot, il convient de dégager une notion autonome qui suit un régime propre. Le plan suivi sera dès lors, en bonne logique, le suivant :

Première partie : La notion d'acte coercitif

Seconde partie : Le régime de l'acte coercitif

PREMIERE PARTIE : LA NOTION D'ACTE COERCITIF

45. La recherche juridique tend à faire progresser la connaissance relative au droit. Il s'agit de connaître, approfondir, rajeunir et enrichir l'objet auquel les connaissances s'appliquent³⁴³. Des nombreuses propositions formulées par les juristes, certaines s'attachent à l'état du savoir. Le droit peut être présenté comme déformé ou, simplement, méconnu et cette situation insatisfaisante appelle une clarification, une rectification ou une reconstruction³⁴⁴. Tel serait le cas avec l'acte coercitif. Cette recherche repose en effet sur une intuition : celle de l'existence d'une notion d'acte coercitif en procédure pénale, inconnue ou, du moins, mal connue des juristes³⁴⁵. Il demeure indispensable de la vérifier, toute intuition devant, de façon systématique, donner lieu à vérification. Il va donc falloir montrer que ce concept existe en droit positif³⁴⁶.

46. A cette fin, plusieurs précisions s'imposent sur la méthode adoptée. D'un point de vue général, une distinction subsiste entre l'élaboration de la règle de droit et la connaissance de cette même règle qu'en donne le juriste³⁴⁷. Celui-ci n'a pas à intervenir dans la création du droit. Il a vocation à connaître le droit et à le décrire au moyen de représentations conceptuelles³⁴⁸. Il apparaît alors impératif d'étudier l'acte coercitif à l'aune du droit positif. Cela suppose un examen de la réalité juridique. D'un point de vue plus particulier, un premier constat naît du survol de ladite réalité : il n'y a aucune définition de l'acte coercitif ni dans la loi ni dans la jurisprudence. Le rôle des définitions s'avère pourtant essentiel au sein de l'ordre juridique. « L'élaboration de toute notion » ne se ramène-t-elle pas « à un problème de définition »³⁴⁹ ? Car définir, « c'est – l'étymologie le dit – délimiter, c'est-à-dire séparer ; c'est situer et opposer pour “individualiser” »³⁵⁰. Certaines questions méritent néanmoins d'être abordées avant de définir une notion. Davantage générales, elles restent préalables à la recherche de son ou ses critères. Elles concernent sa place dans l'univers du droit, c'est-à-dire sa forme ou son agencement au regard des autres constructions juridiques. S'agissant de l'acte coercitif, cela peut consister à identifier les actes susceptibles de lui être rattachés en procédure pénale. Ce n'est, en somme, qu'après avoir procédé à la détermination de l'acte coercitif (**TITRE I**), qu'il sera envisagé de lui donner une définition (**TITRE II**).

³⁴³ J.-L. BERGEL, Esquisse d'une approche méthodologique de la recherche juridique, R.R.J., 1996, p. 1073 et s.

³⁴⁴ C. ATIAS, Epistémologie juridique, Dalloz, Précis, 1^{ère} éd., 2002, n°301 et 303, p. 177 et 178.

³⁴⁵ Sur le rôle de l'intuition, J.-L. BERGEL, *op. cit.*, p. 1075, qui écrit : « Cela n'exclut d'ailleurs pas le paradoxe : “trouver d'abord, chercher ensuite”, disait Cocteau ! Cela signifie que “l'inspiration ou le flair ont, dans la découverte, le principal rôle”. Le juriste a acquis des réflexes et n'exclut pas les intuitions ».

³⁴⁶ V. E. GOBLOT, Traité de logique, Armand Colin, 3^{ème} éd., 1922, préf. E. BOUTROUX, n°84, p. 129.

³⁴⁷ Sur ce point, B. OPPETIT, Les rapports des personnes morales et de leurs membres, Thèse, Paris, 1963, p. 360 et 361.

³⁴⁸ B. OPPETIT, *op. cit.*, p. 376.

³⁴⁹ R. LATOURNERIE, Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ?, E.D.C.E., 1960, p. 61 et s., spéc. p. 95.

³⁵⁰ C. EISENMANN, Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique, Arch. phil. dr., 1966, Sirey, p. 25 et s., spéc. n°8, p. 30.

TITRE I : LA DETERMINATION DE L'ACTE COERCITIF

47. Appliqués au droit, les principes de l'analyse systémique se révèlent instructifs. Ils le sont justement dans le cadre d'une étude consacrée à l'acte coercitif. Pour effectuer une analyse de ce genre, différentes opérations sont nécessaires : identifier et dénombrer les éléments du système, rechercher les relations spécifiques qui existent entre ces éléments et mettre en évidence la structure du système³⁵¹. Sans entrer dans le détail de chacune d'elles et en faire une application stricte à l'acte coercitif, il convient d'identifier cet acte. Ceci revient à repérer les actes qui, en procédure pénale, peuvent recevoir cette qualification. Il paraît acquis que « la définition est référence, la qualification rattachement »³⁵². Par un « mouvement de l'esprit qui saute du concret à l'abstrait – pour faire qu'un donné brut devienne un donné qualifié »³⁵³, il est possible de vérifier si un acte peut être rattaché à la catégorie des actes coercitifs. Ce travail de délimitation, qui exige tout de même de donner une définition terminologique de l'acte coercitif³⁵⁴, laisse transparaître la façon dont celui-ci se superpose aux qualifications traditionnelles. Il permet de comprendre comment cet acte s'agence par rapport aux autres. L'occasion sera donnée de se pencher sur la classification des actes en procédure pénale. En se fondant sur une conception différente, il en sera d'ailleurs proposé une autre.

48. Une interrogation se fait aussitôt jour : comment parvenir à identifier l'acte coercitif ? Son identification va s'opérer grâce à sa substance. La détermination substantielle de cet acte revêt ainsi une importance majeure (**CHAPITRE 2**). Mais elle ne constitue qu'un aspect de la détermination de l'acte coercitif. Pour être complète, celle-ci doit être réalisée sous un angle distinct. Faire l'économie d'une étude sur la forme de cet acte semble inconcevable. Se contenter de le qualifier de notion apparaît toutefois insuffisant. Encore faut-il le montrer. Et encore faut-il que cette notion appartienne à la réalité juridique, les notions devant traduire le réel en toute circonstance³⁵⁵. L'intérêt de se livrer à la détermination formelle de l'acte coercitif se dessine sous ce regard (**CHAPITRE 1**).

³⁵¹ R. GASSIN, *Système et droit*, *op. cit.*, p. 360 et s.

³⁵² G. CORNU, *Les définitions dans la loi*, Mélanges dédiés à J. VINCENT, Dalloz, 1981, p. 77 et s., spéc. n°24, p. 88. Ainsi « la définition est affirmation générale en attente, la qualification raisonnement d'interprète en un cas particulier ; l'une est la pierre, l'autre le lancement ».

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ La définition terminologique (ou nominale) s'oppose à la définition réelle (ou génétique). « Elle part d'un mot à définir. C'est la définition d'un terme que l'on se propose d'employer dans un sens déterminé » : G. CORNU, *op. cit.*, n°15, p. 83. V. aussi, R. GASSIN, *Les définitions dans les textes en matière pénale*, R.R.J., 1987, p. 1019 et s., spéc. n°28, p. 1032 et 1033. Il sera indispensable de donner une définition de ce type à l'acte coercitif, de le définir à titre provisoire.

³⁵⁵ V. R. LATOURNERIE, *Sur un lazare juridique (...)*, *op. cit.*, p. 96 et 97, pour qui « le premier devoir d'une notion est d'être la traduction du réel » et « l'essentiel est qu'à ce réel la notion ne fasse jamais aucune violence, et qu'il puisse toujours s'y reconnaître, fût-ce dans les ellipses inévitables ».

CHAPITRE 1 : LA DETERMINATION FORMELLE DE L'ACTE COERCITIF

49. A s'en tenir, de façon provisoire, à une définition terminologique ou nominale, c'est-à-dire « à substituer conventionnellement au mot à définir d'autres mots qui sont destinés à en circonscrire le sens »³⁵⁶, l'acte coercitif évoque l'action, le pouvoir de contraindre. Envisagé comme un acte qui porte atteinte à la liberté, aux libertés individuelles, celui-ci forme-t-il réellement une notion ? Pareille interrogation conduit à s'interroger, de manière plus générale, sur l'adaptation de cet acte au système juridique. S'il semble adapté à ce système, en particulier s'il paraît constituer une notion, il convient d'examiner si celle-ci correspond bien à une réalité juridique. A défaut, cela signifierait que le concept d'acte coercitif n'est qu'une pure création doctrinale. Servant uniquement à la connaissance et à l'analyse systématiques du droit, il ne serait pas posé par les sources du droit positif³⁵⁷. Il n'entraînerait dès lors aucune conséquence pratique dans l'ordre juridique. Certes « il semble possible de reconnaître aux concepts juridiques une valeur purement scientifique : ils sont destinés à traduire la réalité juridique et remplissent un rôle indicatif, nullement impératif »³⁵⁸. L'intérêt à dégager une notion d'acte coercitif serait cependant amoindri si elle ne produisait aucun effet, voire si elle n'existait même pas au sein du droit positif. L'acte coercitif apparaît en réalité comme une création de l'ordre juridique lui-même. Son adaptation au système juridique (**Section I**) se double de son adéquation à la réalité juridique (**Section II**).

Section I – Adaptation de l'acte coercitif au système juridique

50. A première vue, l'acte coercitif évoque une certaine matérialité. Seuls les actes matériels qui présentent un intérêt juridique concernent l'ordre juridique³⁵⁹. Cette catégorie renferme vraisemblablement l'acte coercitif. Celui-ci correspond sans doute aussi à un acte juridique. Dans ces conditions, il éprouve quelques difficultés à s'adapter au système juridique. Son adaptation semble contrariée par cette dualité de qualifications (§1). L'attribution d'un qualificatif juridique va dès lors favoriser son adaptation³⁶⁰ (§2).

³⁵⁶ R. GASSIN, *op. cit.*, n°30, p. 1033, ajoutant que « ce type de définition est parfois éclairant, mais à la limite elle devient purement tautologique comme nombre de définitions du dictionnaire du type : vol : action de voler (...). Cela ne nous avance pas beaucoup d'avoir de telles définitions » ; G. CORNU, *op. cit.*, n°15, p. 83, pour qui cette définition renseigne sans doute « médiatement sur le classement d'une ou plusieurs choses, mais à travers la signification donnée à un mot-enveloppe choisi comme contenant ».

³⁵⁷ Sur ce point, C. EISENMANN, *Quelques problèmes de méthodologie (...)*, *op. cit.*, n°6, p. 29. En procédure pénale, tel est le cas des concepts d'inquisitoire et d'accusatoire par exemple.

³⁵⁸ B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, *op. cit.*, p. 390.

³⁵⁹ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 367.

³⁶⁰ V. C. AMBROISE-CASTEROT, *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire*, Thèse, 2 tomes, Bordeaux IV, 2000, n°203, p. 133, opérant une distinction entre l'opération de qualification juridique et l'attribution d'un qualificatif juridique. Très pertinente, cette méthode sera reprise en grande partie dans ce chapitre.

§1 – L’adaptation contrariée par la dualité de qualifications

51. Les juristes qui s’intéressent à la science du droit se doivent d’établir des classifications³⁶¹. Certaines deviennent de véritables dogmes, à l’image de la *summa divisio* entre les actes juridiques et les faits juridiques³⁶². La seconde catégorie comprend des faits volontaires, parmi lesquels se trouvent les actes matériels³⁶³, ainsi que des faits involontaires. L’opposition de l’acte juridique à l’acte matériel apparaît alors fondamentale³⁶⁴, bien qu’elle n’ait guère passionné les auteurs³⁶⁵. Elle concerne l’acte coercitif, dans la mesure où il doit s’insérer dans la classification. Or, cette insertion demeure des plus délicates. Par nature, l’acte coercitif semble revêtir les deux qualifications. S’il peut dépasser des qualifications alternatives, l’opposition « acte juridique-acte matériel » se délite alors. Elle risque, au fond, de se révéler à la fois injustifiée (A) et inadaptée (B).

A – La classification « acte juridique-acte matériel » injustifiée

52. Pressentir qu’une opposition binaire est injustifiée revient à formuler une hypothèse qui suppose d’être vérifiée. Cette classification connue, *a priori* naturelle, ne parvient pas à dissimuler bien longtemps son artifice (1°). Elle ne saurait non plus occulter son caractère erroné (2°).

1°- Une classification artificielle

53. L’opposition des deux types d’actes cumule les difficultés, qui permettent de taxer la classification d’artificielle. D’une part, la définition de chaque catégorie paraît peu aisée (a). D’autre part, la délimitation précise des catégories s’avère délicate (b).

a) Les difficultés de définition des catégories

54. En l’absence de définition légale, la notion d’acte juridique a suscité la controverse. Le débat provoqué n’a d’ailleurs pas épuisé le désaccord dont elle fait l’objet. Classiquement, l’acte juridique

³⁶¹ En ce sens, C. EISENMANN, Quelques problèmes (...), *op. cit.*, n°10, p. 31 et n°12, p. 33 et 34. Les classifications ne résultent pas d’un donné préétabli, elles procèdent de la création théorique.

³⁶² Certains auteurs ont toutefois contesté l’aspect dogmatique de cette classification : V. not., J. HAUSER, Objectivisme et subjectivisme dans l’acte juridique, L.G.D.J., 1971, Bibl. dr. privé, t. 127, préf. P. RAYNAUD, n°24, p. 31.

³⁶³ V. J. BUISSON, L’acte de police, *op. cit.*, p. 411 et la note n°5. Sur l’idée, plus largement, G. ROUHETTE, La doctrine de l’acte juridique : sur quelques matériaux récents, Droits, 1988, n°7, p. 29 et s., not. p. 30.

³⁶⁴ V. C. EISENMANN, Cours de droit administratif, t. I, *op. cit.*, p. 367, notant qu’il s’agit probablement de « la première de toutes les classifications des actes ».

³⁶⁵ Très rares sont les auteurs qui évoquent l’acte matériel : V. C. EISENMANN, Cours de droit administratif, *op. cit.*, p. 367 et s. V. aussi, J. BUISSON, L’acte de police, *op. cit.*, p. 409 et s. ; E. PICARD, La notion de police administrative, *op. cit.*, n°79, p. 127, n°282 à 284, p. 521 et 522, n°287, p. 526 et la note n°40, n°426, p. 775, n°435, p. 786 et 787. Dans une moindre mesure, M. STASSINOPOULOS, Traité des actes administratifs, Collection de l’Institut français d’Athènes, 1954, préf. R. CASSIN, p. 23, 24 et 41. De manière lapidaire, M. WALINE, Traité élémentaire de droit administratif, Sirey, 6^{ème} éd., 1950, p. 421 ; H. BEKAERT, Introduction à l’étude du droit, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} éd., 1965, n°384, p. 326.

est défini comme « une manifestation de volonté en vue de réaliser certains effets de droit »³⁶⁶. Cette définition érige la volonté en élément déterminant de la notion, elle insiste sur l'intention de voir se produire des conséquences juridiques³⁶⁷. Par opposition, les faits juridiques s'apparentent à des événements qui créent des effets de droit, sans que ceux-ci aient été voulus par l'agent³⁶⁸. Sans reprendre toutes les propositions formulées sur la définition de l'acte juridique, il suffit de relater les désaccords majeurs afférents à cette notion³⁶⁹.

55. Il convient de retenir que l'approche classique a essuyé des critiques. Le volontarisme étendrait trop la catégorie des actes juridiques au détriment de celle des faits³⁷⁰. Une définition plus objective, fondée sur la puissance de la volonté, a été proposée. Source originaire de l'effet de droit, celle-ci réglerait en plus le nouveau rapport juridique³⁷¹. Mais il a été reproché à cette définition de restreindre à l'excès la catégorie des actes juridiques par rapport à celle des faits, soit d'aboutir au résultat inverse de la théorie traditionnelle³⁷². Un correctif lui a alors été apporté, consistant à mettre l'accent sur la nature du lien institué entre la volonté de l'agent et l'effet de droit. L'acte juridique suppose ainsi « que l'intention de réaliser les effets de droit soit absolument indispensable et nécessaire à la production de ces effets »³⁷³. Il y a, au contraire, « fait juridique, lorsque les résultats produits interviennent sans qu'il soit nécessaire que le déclarant ait eu la volonté de les voir se

³⁶⁶ Cette définition connaît quelques variantes qui n'en modifient pas la substance. C'est celle retenue par CAPITANT ou PLANIOL, RIPERT et BOULANGER ou bien MARTY et RAYNAUD. Pour davantage de précisions : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Sirey, 1951, préf. P. RAYNAUD, n°13, p. 22 et 23. *Adde*, J. HAUSER, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, *op. cit.*, n°50, p. 66 et 67. Elle se retrouve de manière classique : V. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, P.U.F., Quadrige, 2004, n°167 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. n°1, Introduction à l'étude du droit, Montchrestien, 8^{ème} éd. par F. CHABAS, 1986, n°258 ; A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, L.G.D.J., 1961, *Bibl. dr. privé*, t. 19, préf. R. PERROT, n°III, p. 7 et spéc. n°2, p. 15 ; Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Introduction, biens, personnes, famille*, Sirey-Dalloz, Université, 18^{ème} éd., 2013, n°135 ; H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, *op. cit.*, n°1549 ; F. TERRE, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n°217 ; J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey-Dalloz, Université, 14^{ème} éd., 2012, n°211 ; C. LARROUMET, A. AYNES, *Traité de droit civil*, t. I, *op. cit.*, n°531 ; H. BEKAERT, *Introduction à l'étude du droit*, *op. cit.*, n°360, p. 312 ; P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l'Etat, 1960, n°46, p. 78 ; B. BEIGNIER, C. BLERY, *Introduction au droit*, avec la collaboration de A.-L. THOMAT-RAYNAUD, Montchrestien-Lextenso, 3^{ème} éd., 2011, n°237 ; D. MAINGUY, *Introduction générale au droit*, LexisNexis, Cours, Objectif droit, 6^{ème} éd., 2013, n°56 ; P. DELVOLLE, *L'acte administratif*, Sirey, *Droit Public*, 1983, n°7, p. 12.

³⁶⁷ V. A. RIEG, *Le rôle de la volonté (...)*, *op. cit.*, n°III, p. 7 et n°2, p. 15. Sur l'insuffisance de cette définition : P. JESTAZ, *Une révolution inaperçue. A propos de l'acte juridique*, *R.T.D.civ.*, 2014, p. 67 et s., spéc. p. 67 et 68.

³⁶⁸ V. M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, L.G.D.J., 1982, *Bibl. dr. privé*, t. 172, préf. D. HUET-WEILLER, n°7, p. 21 ; C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, *op. cit.*, n°70, 49 et 50. La doctrine s'accorde sur ce point en général : V. H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, *op. cit.*, n°258 et 278 ; Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. et loc. cit.* ; F. TERRE, *op. cit.*, n°207 ; J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°215.

³⁶⁹ Être exhaustif ne présenterait aucun intérêt pour notre étude, tout comme se prononcer en faveur de telle ou telle théorie. Les différentes controverses ont fait l'objet d'examen approfondis : V. par ex., M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *op. cit.*, n°10 à 33, p. 22 à 35.

³⁷⁰ V. P. HEBRAUD, *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*, *Mélanges J. MAURY*, t. II, Dalloz-Sirey, 1960, p. 419 et s., spéc. p. 426 et 427. *Adde*, M. VIRALLY, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 94 et 95, où il condamne la doctrine très attachée à la volonté. Sur le volontarisme juridique : M. VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, *Arch. phil. dr.*, 1957, p. 87 et s.

³⁷¹ C'est la thèse de GOUNOT, *in* *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Thèse, Dijon, 1912, p. 240 et s., étudiée par J. MARTIN DE LA MOUTTE, *in* *L'acte juridique unilatéral (...)*, *op. cit.*, n°15 et 16, p. 24 à 26.

³⁷² J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op. et loc. cit.*

³⁷³ J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op. cit.*, n°17, p. 26 et 27, précisant que cette conception est celle de M. DURMA.

réaliser »³⁷⁴. Malgré quelques critiques³⁷⁵, une telle conception rencontre un certain succès en doctrine³⁷⁶.

56. De leur côté, les positivistes ont cerné l'acte juridique en réfutant l'existence de droits subjectifs³⁷⁷. Selon DUGUIT, il constitue un acte de volonté, dont la formation renferme quatre temps successifs : la délibération, la conception, la décision et son exécution³⁷⁸. Cependant, l'effet de droit issu d'un tel acte trouve sa cause dans le droit objectif, l'application d'une loi, et non dans la volonté, simple condition posée par la loi³⁷⁹. KELSEN refuse aussi l'idée selon laquelle la volonté peut produire d'elle-même des conséquences juridiques. Seule l'intervention de la norme objective autorise les individus à modifier l'ordre juridique au moyen de tels actes³⁸⁰. Reprochant à ces théories de minorer de façon excessive le pouvoir de la volonté, la doctrine privatiste les a condamnées³⁸¹. EISENMANN s'est pourtant fondé sur les travaux de KELSEN et des normativistes afin d'élaborer sa définition de l'acte juridique³⁸². Il s'agirait d'un acte institué par le droit ayant pour objet d'édicter des normes

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ V. J. HAUSER, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, *op. cit.*, n°51, p. 67 à 69. V. aussi, P. AMSELEK, L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann, in *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica, 1986, P. AMSELEK (dir.), p. 31 et s. ou (même article) *Arch. phil. dr.*, 1987, t. 32, p. 305 et s., p. 309 et spéc. la note n°11.

³⁷⁶ En ce sens : P. HEBRAUD, Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques, *op. cit.*, p. 427 ; J. BONNECASE, Introduction à l'étude du droit, Sirey, 3^{ème} éd., 1939, n°135, p. 175 et n°137, p. 176 ; N. CATALA, La nature juridique du paiement, Thèse, Paris, 1960, impr. J. RESCHLY, préf. J. CARBONNIER, p. 23 et s., not. p. 31 à 33 ; M. STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, *op. cit.*, n°33, p. 34 et les auteurs cités dans la note n°69. Contrairement à la conception classique, cette approche évite de rechercher à chaque fois les intentions de la personne, ce qui explique sans doute son avantage.

³⁷⁷ Sur la controverse des droits subjectifs et son incidence sur l'analyse de l'acte juridique : J. HAUSER, *op. cit.*, n°38 et s., p. 51 et s.

³⁷⁸ DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, 3^{ème} éd., 1927, §30 et s., p. 316 et s.

³⁷⁹ La volonté est juste une source médiate du droit. Ceci permet de saisir la définition de l'acte juridique donnée par DUGUIT, *op. cit.*, §31 : « Un acte de volonté intervenant avec l'intention que se produise une modification dans l'ordonnement juridique tel qu'il existe au moment où il se produit ou tel qu'il existera à un moment futur donné ». L'ordonnement juridique apparaît comme « l'état social existant à un moment donné d'après les règles de droit s'imposant aux hommes du groupement social considéré et les structures juridiques qui s'y rattachent ». V. aussi, R. BONNARD, Précis de droit administratif, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1943, p. 28 : « Finalement, l'acte juridique est l'acte qui apporte une modification dans l'ordonnement juridique » ; G. JEZE, Les principes généraux du droit administratif, t. I, La technique juridique du droit public français, Dalloz, 3^{ème} éd., 2005 (réimpr.), préf. S. SALON et J.-C. SAVIGNAC, p. 25 et s. Pour un regard critique sur la conception de DUGUIT : F. GENY, Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, t. IV, Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif, Sirey, 1924, n°18 et s., p. 198 et s. ; F. GENY, Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. DUGUIT, *R.T.D.civ.*, 1922, p. 779 et s., spéc. p. 816 et s. (*idem*).

³⁸⁰ V. H. KELSEN, Théorie pure du droit, *op. cit.*, p. 255 ; H. KELSEN, Théorie générale du droit et de l'Etat, Bruylant-L.G.D.J., La pensée juridique, 1997, p. 191 ; O. CAYLA, La théorie de la signification de l'acte dans la pensée normativiste, *Droits*, 1988, n°7, p. 59 et s., not. p. 65, définissant l'acte juridique chez KELSEN : « I. Intention de prescrire à autrui par un acte de volonté (force de l'énonciation) un comportement déterminé par un acte de pensée (sens de l'énoncé) ; 2. Au moyen d'une parole habilitée par un acte hiérarchiquement supérieur à s'exprimer valablement, tant dans le domaine de la pensée (vérité de l'énoncé) que dans celui de la volonté (autorité de l'énonciation) ». V. C. WITZ, Georges ROUHETTE et l'acte juridique, in *Hommage à Georges ROUHETTE*, Dalloz, 2013, p. 49 et s., not. p. 55.

³⁸¹ Si les théories de DUGUIT et KELSEN se rejoignent sur l'acte juridique, cela ne doit pas masquer « la très grande différence de leurs conceptions de la formulation du droit et de son édicton » (O. CAYLA, *op. cit.*, p. 59 et 60). Pour la condamnation des auteurs de droit privé : F. GENY, Science et technique en droit privé positif, t. IV, *op. cit.*, n°20, p. 202 à 205 ; P. HEBRAUD, *op. cit.*, p. 422 et 423 et les notes n°9 et 10 ; J. HAUSER, *op. cit.*, n°46, p. 58 à 60 et n°47, p. 61 à 63.

³⁸² Il a estimé insuffisante la définition de l'acte juridique proposée par DUGUIT : C. EISENMANN, Cours de droit administratif, t. I, *op. cit.*, p. 371 à 373 et p. 402 et 403 et Cours de droit administratif, t. II, L.G.D.J., 1983, p. 680.

juridiques, c'est-à-dire « des dispositions portant réglementation juridique de la conduite d'individus humains »³⁸³.

57. Après avoir souligné l'apport considérable de cette approche à la dogmatique française³⁸⁴, un auteur lui a ajouté des correctifs et a apporté des explications supplémentaires dans le but de saisir le concept. Reposant sur la notion de norme³⁸⁵, sa pensée s'appuie sur la « théorie des actes de langage » (speech acts theory) développée depuis les philosophes AUSTIN et SEARLE. Il s'intéresse à la nature profonde de l'acte juridique et le qualifie d'acte de dire³⁸⁶. La définition d'EISENMANN apparaîtrait alors restrictive. Elle refoulerait de la catégorie étudiée des « actes déclaratifs » ou « actes d'établissement » ou « d'instauration »³⁸⁷. Ceux-ci forment des actes de langage mais doivent être distingués des « actes directifs » ou de direction des conduites³⁸⁸. De ces analyses reprises de manière laconiques, le professeur AMSELEK définit les actes juridiques comme « des actes de dire (ou des succédanés d'actes de dire) institués par la réglementation juridique pour l'exercice de compétences d'autorité publique ou non-publique ; ces actes de dire ont vocation à manifester soit la prescription de normes, de commandements ou de recommandations à suivre, et notamment de commandements ou de recommandations juridiques, soit l'établissement de certaines situations appelant le jeu de régimes juridiques correspondants déjà prescrits ou (...) à prescrire »³⁸⁹. En s'appuyant sur la philosophie, l'acte juridique a été encore perçu comme un acte social, caractérisé par la juridicité³⁹⁰. Enfin, il a été récemment appréhendé comme « l'engagement, c'est-à-dire le consentement à une promesse »³⁹¹. Ces différentes théories illustrent le désaccord persistant sur la notion d'acte juridique, laquelle a retenu l'attention exclusive de la doctrine. L'essence d'un tel acte se retrouve néanmoins dans l'acte coercitif. Focalisés sur l'acte juridique, les auteurs ne se sont guère souciés de l'acte matériel.

³⁸³ V. C. EISENMANN, Cours de droit administratif, t. I, *op. cit.*, p. 375 et s., not. p. 376 et 378. Les normes juridiques créées peuvent être positives ou négatives.

³⁸⁴ P. AMSELEK, L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann, *op. cit.*, p. 313 et 314.

³⁸⁵ P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 315 à 324. Sur ce point, O. CAYLA, La théorie de la signification de l'acte dans la pensée normativiste, *op. cit.*, p. 66 et 67.

³⁸⁶ P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 316 : « C'est cet acte de dire, cet acte d'adresse verbale, cet acte de langage institué par le droit qui est l'acte juridique, le décret en l'occurrence. Il peut s'agir, d'ailleurs, selon les formes prescrites par la réglementation, d'un acte de dire par écrit, par la plume, ou d'un acte de dire oralement, par la bouche : dans les deux cas, il ne se confond pas, de toute évidence, avec l'instrument ou matériau – papier, vibrations vocales – qu'il utilise ».

³⁸⁷ P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 326 et s. Les actes déclaratifs sont « (...) des actes qui montrent, manifestent, extériorisent des opérations mentales, des actes de l'esprit (...) », comme la reconnaissance de paternité en droit civil.

³⁸⁸ P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 328 : « Tous ces actes de dire sont recouverts par le concept d'acte juridique bien qu'ils ne correspondent pas à une prescription de normes proprement dite ».

³⁸⁹ P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 334. Un auteur a repris la pensée de Paul AMSELEK et précise que, pour lui, l'acte juridique est « un acte de langage (ou de comportement), institué par le droit, en vertu duquel une ou plusieurs personnes exercent la compétence qui leur est reconnue d'établir soit une prescription de caractère normatif, soit une situation appelant le jeu d'un régime juridique » : P. JESTAZ, Une révolution inaperçue. A propos de l'acte juridique, *op. cit.*, p. 68, où il analyse ensuite chacun des éléments de cette définition.

³⁹⁰ C. GRZEGORCZYK, L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit, *Droits*, 1988, n°7, p. 47 et s., spéc. p. 53, notant qu'un acte revêt la nature juridique par la qualité de son auteur, sa finalité ou sa signification attribuée conventionnellement par le droit. Ainsi, l'acte juridique serait « un fait brut quelconque, interprété conventionnellement par le système juridique comme ayant précisément le statut de l'acte institutionnel du droit » (p. 56).

³⁹¹ C. GRIMALDI, La distinction entre l'acte et le fait juridique, *R.D.A.*, n°7, 2013, p. 47 et s., spéc. p. 50.

58. C'est un euphémisme d'affirmer le désintérêt doctrinal dont souffre la notion d'acte matériel. Ce dernier reste dans l'ombre de l'acte juridique³⁹². D'aucuns perçoivent l'intérêt de la notion³⁹³, mais l'ensemble de la doctrine l'a sinon supprimée, du moins esquivée de son champ d'étude, la jugeant secondaire, voire évidente³⁹⁴. Les privatistes se sont juste employés à définir l'acte juridique. Attachés au problème de l'exécution, les publicistes ont considéré l'acte matériel comme un acte accessoire, consécutif³⁹⁵, qui ne mérite pas le qualificatif « juridique »³⁹⁶. Or, il demeure imposé ou autorisé par le droit et a pour objet d'assurer sa réalisation³⁹⁷. Voilà pourquoi EISENMANN n'a pas renoncé à l'étudier. L'acte matériel s'analyse, selon lui, en un acte naturel, en ce qu'il appartient à la nature, alors que l'acte juridique est avant tout un acte idéal³⁹⁸. Il viserait à agir sur la matière, sur la nature physique et tendrait à modifier l'état des corps³⁹⁹. Peu convaincu par l'idée d'opposer les actes naturels aux actes juridiques⁴⁰⁰, M. BUISSON a, malgré cela, repris l'un des caractères évoqué par EISENMANN : la « nature intrinsèque de l'acte »⁴⁰¹. Celle-ci renvoie à l'objet de l'acte dont la vocation est de modifier l'ordre matériel des choses⁴⁰². Il convient de qualifier un acte de matériel lorsque son objet consiste à rectifier la réalité et non lorsqu'il crée des droits⁴⁰³. Pareille définition a le mérite d'éclairer la distinction souvent avancée entre « l'intellectuel », appartenant au domaine juridique, et le « matériel »⁴⁰⁴. Il semble encore logique de rechercher le critère de l'acte matériel au sein de la réalité physique⁴⁰⁵. Mais plusieurs problèmes tenant à l'opposition entre les actes juridiques et les actes matériels, se font jour.

b) Les difficultés de délimitation des catégories

59. Délimiter précisément une catégorie juridique par rapport à une autre nécessite de connaître son contenu exact. Ni les controverses sur le concept d'acte juridique ni le manque d'intérêt ostensible

³⁹² C. EISENMANN, Cours de droit administratif, t. I, *op. cit.*, p. 368 : « Actes matériels... ? Pas de définition ; on n'y fait allusion qu'en repoussoir pour ainsi dire aux actes juridiques » ; J. BUISSON, L'acte de police, *op. cit.*, p. 410 et 411.

³⁹³ V. par ex., R. BONNARD, Précis de droit administratif, *op. cit.*, p. 36 et 37 ; J. CASTAGNE, Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative, Thèse, Bordeaux, 1961, L.G.D.J., 1964, p. 28 et 44 à 46.

³⁹⁴ V. P. AMSELEK, L'acte juridique (...), *op. cit.*, p. 310 ; C. EISENMANN, *op. et loc. cit.*

³⁹⁵ V. J. BUISSON, *op. cit.*, p. 414, citant HAURIOU ou le professeur DELVOLLE.

³⁹⁶ V. C. EISENMANN, *op. cit.*, p. 370 : « Il est visible que les juristes (...) ne pensent la notion d'acte matériel que négativement, par exclusion : les actes matériels, c'est la totalité des actes humains intéressant le droit, qui ne sont pas des actes juridiques ». V. pourtant *contra* : R. BONNARD, La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl, *op. cit.*, p. 688.

³⁹⁷ V. BONNARD, *op. cit.*, p. 36 et 37 ; J. BUISSON, *op. cit.*, p. 415.

³⁹⁸ V. J.-L. DE CORAIL, Les actes administratifs dans la pensée de Charles Eisenmann, in La pensée de Charles Eisenmann, *op. cit.*, p. 187 et s., spéc. p. 196.

³⁹⁹ C. EISENMANN, *op. cit.*, p. 370. Il reprend la notion courante de l'acte matériel. V. aussi, p. 384 et 386.

⁴⁰⁰ J. BUISSON, *op. cit.*, p. 416 à 420. *Adde*, J.-L. DE CORAIL, *op. et loc. cit.*

⁴⁰¹ V. C. EISENMANN, Cours de droit administratif, t. I, *op. cit.*, p. 387.

⁴⁰² J. BUISSON, *op. cit.*, p. 421.

⁴⁰³ *Ibid.* L'objet de l'acte matériel concerne la réalité, ce qui l'oppose à l'acte juridique ayant pour objet « la modification apportée à l'ordre juridique » (p. 421).

⁴⁰⁴ J. BUISSON, *op. cit.*, p. 422. L'auteur cite LABAND, qui faisait la distinction entre les « opérations intellectuelles » et les « opérations agissantes » au sein des actes de l'Etat.

⁴⁰⁵ V. J. BUISSON, *op. cit.*, p. 426 : « C'est ce changement – ou cette conservation – apporté immédiatement à l'ordre des choses qui forme le critère de l'acte matériel ».

pour celui d'acte matériel⁴⁰⁶ ne facilitent un tel travail. Conjuguées à des analyses dépourvues de tout fondement, ces lacunes ont affecté la délimitation des catégories. Cette délimitation se montre, en premier lieu, incohérente. La découverte du critère de l'acte matériel n'a pas épuisé toutes les interrogations relatives à la classification. L'acte désigne celui qui a pour objet la réalité physique, mais est-ce à dire pour autant qu'il n'est pas soumis à la réglementation juridique, qu'il échappe au droit⁴⁰⁷ ? Si tel était le cas, cela viderait de son sens la classification traditionnelle des actes fondée sur leurs « effets juridiques ».

60. Celle-ci placerait au même niveau « des modèles juridiques d'actes envisagés dans leur nature normatrice » (comprenez les actes juridiques), « des actes envisagés en tant que la réglementation juridique leur attache certains effets » (c'est-à-dire les faits juridiques), et « des actes envisagés en tant que non juridiquement réglementés »⁴⁰⁸ (les actes matériels). Le manque de cohérence serait alors manifeste. Cependant, il paraît peu probable que tous les actes humains appartenant à la catégorie des actes matériels soient soustraits à la réglementation juridique. Cette assertion peut être vérifiée avec l'acte de police⁴⁰⁹. Sa matérialité a été reconnue⁴¹⁰. Il reste néanmoins assujéti aux règles de droit. La garde à vue ou les perquisitions et saisies ne peuvent être accomplies qu'à certaines conditions énumérées par la réglementation et à défaut desquelles elles encourent l'annulation. Par ailleurs, il a été démontré que d'ordinaire un acte matériel ne contient pas uniquement des éléments matériels mais comporte aussi des actes intellectuels. A l'inverse, un acte juridique comprend en général des actions matérielles⁴¹¹. Une séparation rigide des deux catégories d'actes se révèle donc quasiment impossible⁴¹².

61. Leur délimitation se caractérise, en second lieu, par son insuffisance. La frontière entre les actes juridiques et les actes matériels demeure perméable⁴¹³. Voilà une faiblesse dont pâtit la délimitation de chacune des catégories. Ce constat n'a rien de surprenant, compte tenu de l'utilisation de la catégorie des actes matériels comme d'un « fourre-tout ». La doctrine y a rangé tous les actes qui ne peuvent

⁴⁰⁶ Hormis la définition satisfaisante retenue par M. BUISSON qui s'appuie sur les écrits d'EISENMANN.

⁴⁰⁷ En ce sens, V. P. AMSELEK, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit (Essai de phénoménologie juridique)*, Thèse, Paris, 1962, L.G.D.J., 1964, p. 108. Il critique la notion d'acte matériel qui demeure « une catégorie tout à fait floue, mal définie, qui accuse le caractère artificiel de cette classification ».

⁴⁰⁸ *Ibid.*

⁴⁰⁹ *Adde*, les actes conservatoires en matière civile, l'idée de l'admission d'actes matériels conservatoires étant soutenue : C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, *op. cit.*, n°78 et s., p. 54 et s.

⁴¹⁰ V. J. BUISSON, *L'acte de police*, *op. cit.*, p. 423 et s., spéc. p. 426.

⁴¹¹ Pour la démonstration, C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 384 et 385 ; H. CROZE, *Recherche sur la qualification en droit processuel français*, Thèse, Lyon III, 1981, n°207 et 208, p. 200 et la note n°3.

⁴¹² Il faut néanmoins signaler qu'un critère de distinction intéressant a été retenu entre les deux actes. « L'acte juridique s'oppose à l'acte matériel en ce qu'il contient création du droit tandis que l'acte matériel ne contient qu'exécution. Ainsi, grâce à ce point de vue, il apparaît clairement que l'acte matériel s'intègre dans l'activité juridique puisqu'il se présente comme l'acte final dans le processus de développement de l'ordonnement juridique » : R. BONNARD, *La théorie de la formation du droit (...)*, *op. cit.*, p. 688.

⁴¹³ HEBRAUD, *in* *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*, *op. cit.*, p. 427, avait déjà fait le constat (à propos de la classification acte juridique – fait juridique).

entrer dans la catégorie des actes juridiques⁴¹⁴. Et, en même temps, elle n'a pas cherché à définir l'acte matériel. Une telle « méthode » aboutit forcément à une division lacunaire⁴¹⁵. Il est désormais acquis que tout acte qui n'est pas un acte juridique n'est pas *ipso facto* un acte matériel, tel dispenser un enseignement⁴¹⁶. Certains actes du quotidien, du monde des faits ordinaires, de nature idéale ou intellectuelle ne s'analysent pas en des actes juridiques. Ils ne constituent pas davantage des actes matériels⁴¹⁷. En résumé, pour faire ressortir les actes juridiques de l'ensemble des actes humains, les auteurs ont élargi de façon artificielle la catégorie des actes matériels en y introduisant des actes hétéroclites⁴¹⁸. Ces actes non matériels se trouvent enfermés dans une catégorie avec laquelle ils ont pour seul point commun d'être non juridiques. Vu qu'elle n'épuise pas tous les actes humains devant retenir l'attention des juristes⁴¹⁹, la classification bipartite se révèle alors restrictive⁴²⁰. Cette conclusion souligne l'inexactitude de la division bipartite et laisse augurer son inadaptation à l'acte coercitif.

2°- Une classification erronée

62. La cause de l'erreur de la doctrine classique vient d'être mise en évidence. Elle a du reste été suffisamment exposée. Les rares auteurs qui se penchent sur la classification acte juridique-acte matériel lui opposent de sérieux arguments. Certaines de leurs objections apparaissent des plus convaincantes et conduisent à ruiner la classification. Il suffit d'observer que celle-ci procède d'une confusion entre la nature d'un acte et ses effets (a), mais encore d'une confusion entre l'édiction d'une norme et son articulation (b).

a) La confusion entre la nature d'un acte et ses effets

63. L'attribution de la qualification d'acte matériel à un acte humain exige de le vérifier dans la réalité physique. Il faut constater que l'acte apporte un changement ou une conservation sur les corps, sur la

⁴¹⁴ V. C. EISENMANN, Cours de droit administratif, t. I, *op. cit.*, p. 368.

⁴¹⁵ EISENMANN a mis en garde les juristes contre les carences de méthode. « On ne peut pas classer des objets entre plusieurs classes entre lesquelles on a admis qu'ils se répartissent sans connaître les concepts de ces diverses classes » : C. EISENMANN, Quelques problèmes (...), *op. cit.*, n°12, p. 34. C'est pourtant ce qui s'est passé avec l'acte matériel.

⁴¹⁶ C. EISENMANN, *op. cit.*, Cours de droit administratif, t. I, *op. cit.*, p. 370.

⁴¹⁷ C. EISENMANN, *op. cit.*, p. 371 et spéc. p. 374 : « Ceci posé, il est tout naturel que ce second groupe d'actes apparaisse au juriste comme appartenant pour ainsi dire au monde des faits, au monde de la nature, au monde ordinaire, puisqu'ils n'appartiennent pas, par leur essence, dans leur notion même, au monde du droit. Et c'est au fond ce sentiment que les auteurs ont voulu exprimer en les dénommant "actes matériels". Traduction malencontreuse d'une intuition, d'une vue exacte, car elle n'eût convenu que si tous les actes qui appartiennent au monde des faits ordinaires, des faits non juridiques avaient mérité ce qualificatif "matériel" ». Il en va ainsi de l'activité d'enseignement des professeurs, de l'activité des chefs militaires établissant des dispositions stratégiques ou de toutes les activités culturelles assumées par l'administration.

⁴¹⁸ Hormis le Professeur EISENMANN, les auteurs dénoncent plus souvent, ou plus longuement, la classification « acte juridique – fait juridique » : V. P. AMSELEK, L'acte juridique (...), *op. cit.*, p. 308 ; P. AMSELEK, Perspectives critiques (...), *op. cit.*, p. 106 et 107 ; C. GRZEGORCZYK, L'acte juridique (...), *op. cit.*, p. 55.

⁴¹⁹ V. C. EISENMANN, *op. cit.*, p. 371 et 384.

⁴²⁰ Dans ce sens aussi, H. CROZE, Recherche sur la qualification en droit processuel français, *op. cit.*, p. 201 et 202.

matière. Dans l'affirmative, une telle qualification concerne la structure de l'acte, sa consistance, autrement dit sa nature intrinsèque⁴²¹. Ce critère permet alors d'opposer les actes matériels aux actes idéaux⁴²². En revanche, il n'autorise pas à bâtir une opposition entre les actes matériels et les actes juridiques. Contrairement à l'épithète « matériel », l'adjectif « juridique » ne se réfère pas à la nature intrinsèque de l'acte. Selon les définitions courantes, celui-ci renvoie aux effets de l'acte, à ses conséquences d'après les intentions de l'individu ou bien de l'ordre juridique⁴²³. De plus, des actes matériels, licites ou illicites (les infractions par exemple, ainsi des coups et blessures volontaires), génèrent des effets de droit⁴²⁴. Parmi eux, certains sont adoptés pour emporter des conséquences juridiques⁴²⁵. Sous ce regard, la division acte juridique-acte matériel montre un vice rédhibitoire. Elle ne repose pas sur un critère identique de distinction⁴²⁶. Ce n'est pas la seule erreur que recèle la classification.

b) La confusion entre l'édition d'une norme et son articulation

64. Une seconde critique de la division bipartite se fait jour avec le normativisme. On s'est demandé ce que recouvre précisément la catégorie des actes matériels. Peut-elle correspondre à des « actes non normateurs réglementés par le droit, mais dont celui-ci ne fait pas la condition d'un autre fait »⁴²⁷ ? En clair, l'acte matériel serait prescrit par les règles de droit, mais celles-ci n'attacheraient aucune conséquence à son exécution⁴²⁸. Dans pareil cas, la classification équivaut à mettre au même niveau deux catégories d'actes prévues par le droit : des actes normateurs, les actes juridiques, et des actes qui, bien qu'exécutés conformément à la réglementation juridique, ne se voient conférer aucun effet de droit par celle-ci⁴²⁹. L'opposition entre un acte créateur d'une norme de droit et un acte contenu dans une norme de droit n'a donc aucun sens. Elle s'avère même inexacte. Elle confond l'édition de normes juridiques avec le fonctionnement, c'est-à-dire l'articulation interne, de telles normes⁴³⁰. Au fond, la doctrine classique ne semble pas avoir suffisamment approfondi le droit comme phénomène

⁴²¹ C. EISENMANN, Cours de droit administratif, t. I, *op. cit.*, p. 386. V. aussi, p. 366 et 387.

⁴²² C. EISENMANN, *op. cit.*, p. 387. Mais ne reposant sur aucun élément juridique, cette classification est sans intérêt.

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ V. P. HEBRAUD, Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques, *op. cit.*, p. 427. Pour lui, le paiement appartient aux faits juridiques et il réside « essentiellement dans le fait matériel de l'accomplissement de la prestation due, auquel ne s'ajoute un accord de volonté que comme reconnaissance amiable de son caractère satisfaisant ».

⁴²⁵ C. EISENMANN, *op. cit.*, p. 386.

⁴²⁶ V. C. EISENMANN, Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique, *op. cit.*, n°16, p. 37 : « Saisissons seulement l'occasion de rappeler un principe élémentaire de logique (...) : à un même degré ou étage la distinction des divers termes d'une classification doit être fonction d'un seul et même trait » ; J.-L. BERGEL, Théorie générale du droit, Dalloz, Méthodes du droit, Dalloz, 5^{ème} éd., 2012, n°183

⁴²⁷ P. AMSELEK, Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit, *op. cit.*, p. 108.

⁴²⁸ Contrairement aux faits juridiques, car si les actes sont reliés à des conséquences dans la réglementation juridique, il s'agit de faits juridiques. V. P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 107.

⁴²⁹ En ce sens, P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 108.

⁴³⁰ P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 107. Sur l'articulation de la norme, V. les explications et l'exemple p. 106. Il ajoute p. 108 : « (...) la première catégorie (les actes juridiques) « se référerait à un certain modèle juridique d'acte, les deux autres (les faits juridiques et les actes matériels) à une certaine structure, à une certaine articulation de la réglementation (conditionnelle ou non conditionnelle) ».

normatif⁴³¹. Quoiqu'il en soit, la classification apparaît de nouveau injustifiée. Elle demeure en outre inadaptée à l'acte coercitif.

B – La classification « acte juridique-acte matériel » inadaptée

65. La division bipartite s'inscrit dans l'opposition générale du droit au fait. Cette opposition semble aujourd'hui dépassée en raison de la matérialisation du droit et de l'importance juridique reconnue au fait⁴³². De même, la classification acte juridique-acte matériel se révèle obsolète, partant inadaptée à l'acte coercitif. Ces deux catégories d'actes ont trait à des ordres différents : l'ordre juridique et l'ordre physique⁴³³. Les juristes laissent souvent le sentiment de leur incompatibilité radicale. Ainsi l'acte qui appartiendrait à l'un ne saurait appartenir à l'autre. L'acte coercitif dépasse pareille opposition, en apparence absolue. A vrai dire, il témoigne de l'absence d'antinomie entre les deux types d'actes. Il peut en effet être perçu aussi bien comme un acte juridique (1°) que comme un acte matériel (2°).

1°- L'acte coercitif, acte juridique

66. Montrer la nature juridique de l'acte coercitif suppose d'indiquer au préalable ce qu'il faut entendre sous ce vocable, fut-ce de manière sommaire. En prenant une définition provisoire, somme toute assez simple, l'acte coercitif est celui qui porte atteinte à la liberté⁴³⁴. A titre d'illustration, il recouvre la garde à vue⁴³⁵, les mandats de justice⁴³⁶, la détention provisoire⁴³⁷ ou bien les perquisitions et saisies⁴³⁸. Ce terme générique englobe des actes prévus et réglementés par le droit, en l'occurrence par le Code de procédure pénale. Ils ressortissent dès lors à l'ordre juridique. L'autorité qui souhaite recourir à l'un d'eux doit adopter une décision en droit⁴³⁹. Celle-ci peut s'analyser en un processus

⁴³¹ P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 104 et 106.

⁴³² R. SAVATIER, Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui. Structures matérielles et structures juridiques, Mélanges G. RIPERT, t. I, L.G.D.J., 1950, p. 75 et s., spéc. p. 78 et 79.

⁴³³ Selon BONNARD, *in* Précis de droit administratif, *op. cit.*, p. 29, l'objet de l'acte juridique (c'est-à-dire son effet direct et immédiat) est l'élaboration ou la modification de l'ordonnement juridique. Il s'oppose à l'acte matériel dont l'objet demeure un certain résultat de fait.

⁴³⁴ Définition de J. PRADEL, note sous Cass. crim., 6 fév. 1996, D., 1996, jurispr., p. 198, spéc. p. 201 : « Bref, aux yeux de la chambre criminelle, les actes coercitifs sont les actes qui portent atteinte à la liberté ».

⁴³⁵ D. REBUT, Information judiciaire et faits nouveaux, *Justices*, 1996, n°4, chron. préc., spéc. p. 298 ; J.-L. LENNON, Les raisons justifiant le placement en garde à vue du suspect, D., 2006, chron., p. 887 et s., not. p. 888.

⁴³⁶ N. FERREIRA, La coercition en droit public français, *op. cit.*, p. 199 et 200 ; S. GUINCHARD, J. BUISSON, Procédure pénale, *op. cit.*, n°1867 et s. et n°1877.

⁴³⁷ V. N. FERREIRA, *op. cit.*, p. 300 et 301 ; S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op. cit.*, n°1940.

⁴³⁸ V. D. REBUT, Information judiciaire (...), chron. préc., p. 293 et 294 ; J. PRADEL, *op. et loc. cit.* ; N. FERREIRA, *op. cit.*, p. 301 et s.

⁴³⁹ En ce sens, M. HAURIOU, Précis de droit administratif et de droit public, *op. cit.*, p. 578 ; R. BONNARD, Précis de droit administratif, *op. cit.*, p. 29 : « Tout acte humain comporte une intervention de la volonté qui joue de la façon suivante : l'auteur de l'acte, après avoir pris conscience du motif, de l'objet et du but, prend une décision, qui consiste à vouloir la réalisation de l'objet en considération du motif et du but ». Pour une critique de la définition classique de l'acte juridique (« toute manifestation de volonté dirigée vers un effet de droit ») : J.-L. SOURIOUX, Introduction au droit, P.U.F., 2^{ème} éd., 1990, n°27, soulignant qu'elle « ne met pas suffisamment en lumière la nature décisive de cet acte qui lui confère à la fois sa spécificité et son importance dans la vie du droit ».

psychologique d'ordre juridique⁴⁴⁰. Elle constitue un acte juridique en ce qu'elle extériorise un acte mental⁴⁴¹. Parfois, cette décision ne se déduira que de l'acte matériel lui succédant aussitôt, mais c'est elle qui le dictera⁴⁴². Ainsi, lorsque le magistrat instructeur désire opérer une perquisition ou délivre un mandat d'arrêt, il manifeste sa volonté et recherche les effets de droit provoqués par ce genre d'actes, soit la permission de s'introduire dans un domicile ou de faire arrêter un individu. Il s'agit bien d'actes juridiques sous ce regard⁴⁴³.

67. Il suffit encore d'observer que ces actes coercitifs doivent obéir à des conditions de fond et de forme sous peine d'annulation. Or, seuls les actes juridiques possèdent ce régime spécifique. L'irrégularité d'un acte matériel ne lui fait jamais encourir la nullité⁴⁴⁴. C'est la raison pour laquelle refuser la qualification d'acte juridique à tous les actes de police pour leur attribuer uniquement celle d'acte matériel semble excessif⁴⁴⁵. Certains d'entre eux, coercitifs du reste, demeurent des actes juridiques et non simplement des actes matériels. C'est le cas de la garde à vue exigeant une véritable décision de l'O.P.J. afin de produire des effets de droit⁴⁴⁶, en particulier le droit conféré par la loi de retenir un individu contre son gré et lui octroyer différentes garanties dont l'assistance d'un conseil⁴⁴⁷. Cette mesure nourrit, de plus, un contentieux important, car elle peut faire l'objet de recours en nullité. Mais il faut se garder de croire que l'acte coercitif ne constitue qu'un acte juridique. Sa matérialité ne saurait être dissimulée.

2° - L'acte coercitif, acte matériel

68. Le lien entre la coercition et les actes matériels est frappant⁴⁴⁸. L'acte coercitif modifie l'ordre des choses, il apporte un changement (ou une conservation) dans la réalité physique. Sa matérialité se constate aisément. La garde à vue se traduit par la rétention d'une personne pendant un certain délai.

⁴⁴⁰ Définition de H. CROZE, *in* Recherche sur la qualification (...), *op. cit.*, n°206, p. 199.

⁴⁴¹ P. AMSELEK, L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann, *op. cit.*, p. 318.

⁴⁴² En ce sens, P. DELVOLLE, L'acte administratif, *op. cit.*, n°10, p. 13 ; M. STASSINOPOULOS, Traité des actes administratifs, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁴³ V. M. WALINE, Traité élémentaire de droit administratif, *op. cit.*, p. 421 : « La décision exécutoire se distingue ainsi d'un simple acte matériel : par exemple, sous le terme vulgaire d'arrestation, on peut distinguer un acte purement matériel : l'appréhension de l'individu arrêté, et un acte juridique : le mandat d'arrêt délivré contre lui ».

⁴⁴⁴ En ce sens également, H. CROZE, *op. cit.*, n°208, p. 201 et 202 et la note n°1.

⁴⁴⁵ V. pourtant, J. BUISSON, L'acte de police, *op. cit.*, p. 426 et s. : « La catégorie "police" ne renferme que des actes matériels, quelle qu'en soit la forme ». L'auteur cite encore DUGUIT, pour qui « l'emploi de la contrainte étatique ne constitue pas un acte juridique et ne fait pas naître une situation de droit ».

⁴⁴⁶ La décision de placement en garde à vue est d'ailleurs souvent évoquée : V. not., J.-L. LENNON, Les raisons justifiant le placement en garde à vue du suspect, *op. cit.*, p. 888 et 889, faisant remarquer que « le placement en garde à vue constitue le cadre juridique idoine permettant d'offrir un réceptacle à sa parole ». Cette décision relève d'une faculté que l'O.P.J. tient de la loi et qu'il exerce dans les conditions qu'elle définit : V. Cass. crim., 4 janv. 2005, J.C.P., 2005, II, 10176, note P. CONTE.

⁴⁴⁷ Rapp., H. CROZE, Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision, *in* Justice et droits fondamentaux, Etudes J. NORMAND, Litec, 2003, p. 125 et s., spéc. n°15, p. 130.

⁴⁴⁸ V. J. CASTAGNE, Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative, *op. cit.*, p. 44 ; E. PICARD, La notion de police administrative, *op. cit.*, n°283, p. 522, n°426, p. 775 et n°435, p. 786 ; J. BUISSON, L'acte de police, *op. cit.*, p. 426.

La perquisition se caractérise par l'introduction des O.P.J. ou du juge d'instruction dans un domicile et par la fouille subséquente. Le mandat d'arrêt aboutit à l'arrestation d'un individu... L'acte coercitif doit être dissocié de l'agissement matériel exécuté dans des conditions susceptibles de produire des effets de droit⁴⁴⁹. Bon nombre de situations de fait provoquent des conséquences juridiques. Il suffit de songer à la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, mais aussi aux rapports familiaux de fait, aux sociétés de fait, au domicile de fait, etc⁴⁵⁰. Pour sa part, l'acte coercitif trouve en principe sa source dans la loi, qui aménage les titres de contrainte. Il s'analyse comme un acte juridique, doublé d'un acte matériel. L'agissement au sein de l'ordre matériel demeure subordonné à l'acte juridique⁴⁵¹.

69. S'il est insusceptible de se rattacher à une norme juridique, l'acte coercitif s'avère même illégal. En d'autres termes, un tel acte purement matériel, non prévu par la loi, présenterait une illégalité manifeste. Avant sa légalisation par la loi du 9 mars 2004, la sonorisation ne remplit pas l'exigence de légalité. Non autorisée par le Code de procédure pénale, l'hypnose d'un gardé à vue serait illégale⁴⁵². L'arrestation constitue, en outre, un acte matériel modifiant la réalité physique, la personne étant saisie par les policiers, les gendarmes ou un simple particulier et se voit privée de sa liberté d'aller et venir. Bien que matériel, cet acte coercitif est inscrit dans la loi. Lorsqu'il se trouve accompli alors que les conditions juridiques pour l'effectuer font défaut, il doit être déclaré illégal et la personne doit recouvrer immédiatement la liberté. Certes, beaucoup d'actes coercitifs intervenant au stade des enquêtes de police forment avant tout des actes matériels de la force publique. EISENMANN a considéré que « ces opérations matérielles constituent la réalisation de l'ordre juridique par l'emploi de la force ou contrainte »⁴⁵³. Mais la thèse selon laquelle tous les actes de police appartiennent à la seule catégorie des actes matériels demeure contestable⁴⁵⁴. Bref, la classification acte juridique-acte matériel se délite. Elle se trouve inadaptée à l'acte coercitif. Celui-ci peine à s'accommoder à l'ordre juridique. Lui attribuer des qualificatifs juridiques reste le meilleur moyen d'assurer son adaptation.

⁴⁴⁹ V. R. SAVATIER, Réalisme et idéalisme (...), *op. cit.*, p. 78 ; G. JEZE, Les principes généraux du droit administratif, *op. cit.*, p. 64 et s. ; M. ROTONDI, Considérations en « fait » et en « droit », R.T.D.civ., 1977, p. 1 et s., not. p. 4 à 6.

⁴⁵⁰ Sur ce point, Les situations de fait (rapports), Travaux de l'Association H. CAPITANT, vol. XI, Paris, 1957.

⁴⁵¹ M. STASSINOPOULOS, Traité des actes administratifs, *op. cit.*, p. 24 : « Or, on peut voir qu'une discipline se crée entre les opérations matérielles et les actes juridiques. L'opération matérielle est soumise à l'acte juridique comme ce dernier est soumis à la règle de droit ».

⁴⁵² V. déjà, Cass. crim., 12 déc. 2000, D., 2001, jurisp., p. 1340, note D. MAYER et J.-F. CHASSAING ; J.C.P., 2001, II, 10495, note C. PUIGELIER ; Rev. sc. crim., 2001, p. 610, obs. A. GIUDICELLI.

⁴⁵³ Cours de droit administratif français, t. I, *op. cit.*, p. 393 (la « Polizeizwang » des juristes allemands ou autrichiens pour désigner la contrainte policière).

⁴⁵⁴ Il s'agit de la thèse de M. BUISSON, précédemment évoquée.

§2 – L’adaptation favorisée par l’attribution de qualificatifs juridiques

70. Les constructions juridiques réalisent la systématisation du droit⁴⁵⁵. Elles reposent sur les concepts utilisés et définis par les juristes⁴⁵⁶. Ceux-ci peuvent enserrer les faits les plus divers dans le droit, partant les simplifier par le biais des concepts et catégories juridiques⁴⁵⁷. Ils emploient à cet effet un langage spécifique, le langage juridique⁴⁵⁸. Dans l’univers du droit, chaque terme possède un sens précis et n’est généralement pas interchangeable. La possibilité d’attribuer des qualificatifs à l’acte coercitif va dévoiler son adaptation au système juridique. Quelles qualités lui octroyer au regard de l’agencement des constructions juridiques ? A cet égard, il paraît logique de procéder par élimination. Après avoir rejeté certains qualificatifs qui apparaissent manifestement inadaptés (A), il sera plus aisé d’appréhender les qualificatifs idoines, ceux qui méritent d’être retenus (B).

A – Les qualificatifs juridiques inadaptés

71. *A priori*, l’intuition conduit à écarter plusieurs qualificatifs inadaptés à l’acte coercitif. Mais l’intuition appartient au domaine du ressenti. Elle ne saurait fonder une quelconque démonstration juridique. Comme il faut également se méfier de l’évidence⁴⁵⁹, l’impossibilité de conférer à l’acte coercitif les qualificatifs de principe juridique (1°), de procédé technique (2°) ou bien de notion « floue » (3°), nécessite d’être vérifiée.

1°- Le principe juridique

72. Le concept de principe de droit, dont l’existence même est parfois contestée⁴⁶⁰, apparaît difficile à saisir. La difficulté semble avoir plusieurs causes. D’abord, le terme « principe » peut revêtir de multiples acceptions⁴⁶¹. Ensuite, la notion n’est généralement pas définie par ceux qui l’utilisent⁴⁶².

⁴⁵⁵ V. F. GENY, Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, t. I, Introduction. Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution, Sirey, 1914, n°54, p. 158.

⁴⁵⁶ V. F. GENY, Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, t. III, Elaboration technique du droit positif, Sirey, 1921, n°218, p. 191 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, Traité de droit civil, Introduction générale, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1994, n°40.

⁴⁵⁷ V. R. SAVATIER, Réalisme et idéalisme en droit civil d’aujourd’hui, *op. cit.*, p. 82 et 83, s’appuyant sur la pensée de GENY. Adde, P. ROUBIER, Théorie générale du droit, *op. cit.*, n°3, p. 15 et s., spéc. p. 16.

⁴⁵⁸ Sur ce point, F. GENY, *op. cit.*, t. III, n°254 et s., p. 448 et s. ; Le langage du droit, *in* Arch. phil. dr., t. 19, Sirey, 1974 ; G. CORNU, Linguistique juridique, Montchrestien, Domat droit privé, 3^{ème} éd., 2005 ; J.-L. SOURIOUX, P. LERAT, Le vocabulaire juridique, R.R.J., 1984, p. 331 et s.

⁴⁵⁹ V. à ce sujet, B. PETIT, L’évidence, R.T.D.civ., 1986, p. 485 et s., not. n°6, p. 488.

⁴⁶⁰ En ce sens, R. RODIERE, Les principes généraux du droit privé français, Journées de la société de législation comparée, 1980, vol. 2 (Journées franco-hongroises), p. 309 et s., n°11 et 17 ; M. PUECH, Les principes généraux du droit en droit privé, R.I.D.comp., 1981, n°1, p. 187 et 189 (Compte-rendu des cinquièmes journées juridiques franco-hongroises) ; M. DE BECHILLON, La notion de principe général en droit privé, P.U.A.M., 1998, préf. B. SAINTOURENS, p. 40. Cette thèse demeure minoritaire.

⁴⁶¹ V. par ex., A. LALANDE, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, P.U.F., 17^{ème} éd., 1991, V. principe.

Pour preuve, les promoteurs des principes directeurs du procès civil ne se sont pas risqués à leur donner la moindre définition⁴⁶³. Enfin, ce vocable fait l'objet d'une utilisation abusive, sinon détournée de sa signification originale⁴⁶⁴. D'un point de vue étymologique, « le mot principe vient du latin *principium*, lui-même dérivé du mot *princeps*, formés tous deux de *primo* (premier) et de *capo* (de *capio*, *capere* : prendre). Le *princeps* est celui qui *prend* la première place, la première part, le premier rang... Il est le prince, le chef, la tête, le soldat de première ligne... Le *principium* est le commencement. Dans sa "substantifique moëlle", le principe est commencement »⁴⁶⁵.

73. Cette approche permet d'entrevoir que le principe dispose d'un caractère général et directeur⁴⁶⁶, à la différence de la règle juridique, spéciale et concrète⁴⁶⁷. Il se caractériserait aussi par sa permanence⁴⁶⁸. Il s'agirait avant tout d'une norme inscrite en droit positif⁴⁶⁹, qui contribuerait à la cohérence de l'ordre juridique et en assurerait la « complétude »⁴⁷⁰. Dégagés par le juge⁴⁷¹, les

⁴⁶² V. cependant, J. SCHMIDT, Essai sur la notion de principe juridique. Contribution à l'étude des principes généraux du droit en droit positif français, Thèse, Paris, 1955, p. 23 et 124 (définitions du principe juridique et du principe général du droit) ; P. SARGOS, Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Les garde-fous des excès du droit, J.C.P., 2001, I, 306, n°5 : « Le principe général du droit privé est la norme non écrite qui s'impose par sa généralité, sa rationalité et son équité et qui est en principe distincte des normes issues du bloc de constitutionnalité. » ; J.-P. GRIDEL, La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé, D. 2002, chron., p. 228 et s., spéc. p. 229.

⁴⁶³ On pense notamment à MOTULSKY, in La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès, J.C.P., 1966, I, 1996 ; H. MOTULSKY, Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, D., 1972, chron., p. 91 et s. *Adde*, G. BOLARD, Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky, J.C.P., 1993, I, 3693, n°2. Pour des approches : G. CORNU, Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions), Etudes offertes à P. BELLET, Litec, 1991, p. 83 et s., spéc. p. 85 ; L. CADIET, Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès, Etudes J. NORMAND, Litec, 2003, p. 71 et s.

⁴⁶⁴ V. P. MORVAN, Le principe de droit privé, éd. Panthéon-Assas, Droit privé, 1999, préf. J.-L. SOURIOUX, n°1, p. 2 et 3.

⁴⁶⁵ P. MORVAN, Le principe de droit privé, *op. cit.*, n°2, p. 3. V. aussi, E. VERGES, La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire, Thèse, Aix-Marseille, 2000, n°6, p. 20.

⁴⁶⁶ V. J. BOULANGER, Principes généraux du droit et droit positif, Mélanges G. RIPERT, t. I, L.G.D.J., 1950, p. 51 et s., not. n°5 et 6, p. 56 et 57 ; J.-L. SOURIOUX, Introduction au droit, *op. cit.*, n°42 ; H. BUCH, La nature des principes généraux du droit, Rapports belges au IV^{ème} Congrès international de droit comparé, Bruylant, 1962, p. 55 et s. ; B. JEANNEAU, La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps, E.D.C.E., 1981-1982, p. 33 et s., spéc. p. 42.

⁴⁶⁷ J. BOULANGER, *op. cit.*, n°5, p. 55 et 56 ; E. VERGES, *op. cit.*, n°8, p. 24. *Adde*, sur les rapports entre les règles et les principes, P. DELEBECQUE, Les principes généraux en droit français, Bulletin de la Société de législation comparée, 1996, n°4, p. 915 et s., spéc. p. 918 et 919. Il n'empêche que certains auteurs ne sont pas totalement convaincus par le critère de distinction entre les principes et les règles : L. CADIET, Et les principes directeurs (...), *op. cit.*, n°11, p. 83.

⁴⁶⁸ B. JEANNEAU, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, Sirey, 1954, préf. J. RIVERO, p. 243, ajoutant que le principe possède un caractère transcendant ; R. CHAPUS, De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif, D., 1966, chron., p. 99 et s., spéc. p. 102, note n°15 ; A.-S. MESCHERIAKOFF, La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente, A.J.D.A., 1976, p. 596.

⁴⁶⁹ En ce sens, B. JEANNEAU, *op. cit.*, p. 242 et 245 ; B. JEANNEAU, La nature des principes généraux du droit en droit français, Travaux de l'institut de droit comparé de l'université de Paris, 1962, t. 23, p. 203 et s., not. p. 208 ; E. VERGES, *op. cit.*, n°514, p. 491 ; B. OPPETIT, Les « principes généraux » dans la jurisprudence de cassation, J.C.P., 1989, Cahiers du droit de l'entreprise, n°5, p. 16 ; V. PETEV, Standards et principes généraux du droit, R.R.J., 1988, p. 825 et s., p. 829 ; P. VAN OMMESLAGHE, A propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne, *Liber Amicorum J. MALHERBE*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 1103 et s.

⁴⁷⁰ Autrement dit, l'absence de lacunes du droit : V. F. MODERNE, Les principes : permanence et nouveauté, R.F.D.A., 1999, p. 722 et s., spéc. p. 728 à 731 ; J.-P. GRIDEL, La Cour de cassation française (...), *op. cit.*, p. 233 ; J. SCHMIDT, Essai sur la notion de principe juridique (...), *op. cit.*, p. 132.

⁴⁷¹ C'est-à-dire « révélés » et non pas « créés ». Sur cette question, B. OPPETIT, *op. cit.*, p. 16 ; B. JEANNEAU, La théorie des principes généraux du droit (...), *op. cit.*, p. 44 et 46 ; G. MORANGE, Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit, R.D.P., 1977, p. 761 et s., spéc. p. 763 ; J. SACE, Quelques réflexions sur les principes généraux du droit, Mélanges P. GERARD, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 79 et s., not. p. 81. Pour une critique de ce débat : N. MOLFESSIS, La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation, R.T.D.civ., 2001, chron., p. 699 et s., spéc. p. 704.

principes traduiraient certaines valeurs idéologiques censées exprimer les fondements du droit⁴⁷². Nul doute, sous cet angle, que l'acte coercitif ne correspond pas à un principe juridique. Ce qualificatif reste inadapte⁴⁷³. Loin de former une norme générale, directrice, permanente, véhiculant une philosophie particulière, l'acte coercitif apparaît dans différentes règles prévues par le C.P.P.⁴⁷⁴, au mieux dans un principe directeur du procès pénal⁴⁷⁵. Il ne saurait davantage être regardé comme un procédé technique.

2°- Le procédé technique

74. Cette expression recouvre deux procédés distincts : les présomptions et les fictions juridiques. L'article 1349 du Code civil définit les présomptions. Selon ce texte, ce sont « des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu »⁴⁷⁶. Des études importantes leur ont été consacrées⁴⁷⁷. La présomption constitue un mode de raisonnement, une opération intellectuelle, qui, « en partant du fait connu, permet de faire un choix parmi les hypothèses en présence pour ne retenir que *la plus probable* d'entre elles »⁴⁷⁸. La probabilité, la vraisemblance, se situent au cœur du procédé⁴⁷⁹. Présomption fondamentale s'il en est, la présomption d'innocence ne pourrait pourtant se fonder sur l'idée de conformité au plus probable, car elle partirait d'un postulat, celui de « l'innocence », imposé par la nature de l'homme qui est considéré comme bon par nature, mais correspond aussi à un choix de politique juridique⁴⁸⁰. Pour être formée, la présomption requiert en outre un élément intellectuel, autrement dit une part de volonté⁴⁸¹, une décision qui anticipe le

⁴⁷² N. MOLFESSIS, *op. cit.*, p. 705 et 706. Les principes exprimeraient « des préceptes moraux, universels » et devraient alors former « une source réelle du droit. » ; G. DEL VECCHIO, Les principes généraux du droit, Mélanges F. GENY, t. II, Lib. Duchemin, 1977, p. 69 et s., not. p. 82 et 83 ; B. JEANNEAU, Les principes généraux du droit (...), *op. cit.*, p. 252 ; J. RIVERO, Le juge administratif : un juge qui gouverne ?, D., 1951, chron., p. 21 et s., p. 21 et 22.

⁴⁷³ Pour s'en convaincre, il suffit d'évoquer la définition du principe donnée par le professeur MORVAN et de remarquer qu'elle ne peut pas être appliquée à l'acte coercitif. « Il est une norme résultant d'une opération d'induction, d'abstraction logique et de généralisation, poussée plus loin que celle de la règle de droit ; il est une proposition foncièrement induite, abstraite, générale, source de nouvelles déductions et distincte, par son degré de généralité, des règles de droit dont il s'induit » : P. MORVAN, Le principe de droit privé, *op. cit.*, n°19, p. 26.

⁴⁷⁴ Par ex. : Art. 56 du C.P.P. relatif aux perquisitions et saisies ; Art. 100 et s. du C.P.P. sur les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications ; Art. 137 du C.P.P.

⁴⁷⁵ Art. préliminaire, III, al. 3 du C.P.P. : « Les mesures de contraintes dont cette personne (...) ».

⁴⁷⁶ Le Code civil consacre une de ses sections aux présomptions : art. 1349 à 1353 C. civ. Il n'est pas question d'étudier les présomptions (légales, du fait de l'homme) ni leur valeur (simples, irréfragables), mais juste d'appréhender la notion afin de vérifier qu'elle ne peut pas être appliquée à l'acte coercitif. La même méthode sera utilisée pour les fictions.

⁴⁷⁷ V. not., R. DECOTTIGNIES, Les présomptions en droit privé, Thèse, Lille, 1949, L.G.D.J., 1949 ; C. PERELMAN, P. FORIERS (Etudes publiées par), Les présomptions et les fictions en droit, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1974.

⁴⁷⁸ R. DECOTTIGNIES, *op. cit.*, n°1, p. 9 (il souligne).

⁴⁷⁹ V. F. GENY, Science et technique en droit privé positif, t. III, *op. cit.*, n°228, p. 261, n°230 et s., p. 264 et s. ; P. ROUBIER, Théorie générale du droit, *op. cit.*, n°13, p. 114 ; J. DABIN, La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé, Bruylant-Sirey, 1935, p. 235, 237 et 275 ; R. DECOTTIGNIES, *op. cit.*, n°10, p. 27 ; P. PESCATORE, Introduction à la science du droit, *op. cit.*, n°143, p. 218.

⁴⁸⁰ Sur la démonstration, J. RIVERO, Fictions et présomptions en droit public français, in Les présomptions et les fictions en droit, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 101 et s., not. p. 109 et 110 ; J. SYGUT, La présomption d'innocence : du principe au droit, Thèse, Metz, 2004, n°119 à 126, p. 61 à 63 et n°136, p. 66.

⁴⁸¹ En ce sens, J. SYGUT, *op. cit.*, n°127 et s., p. 63 et s.

jugement sur une réalité insuffisamment connue⁴⁸². Celle-ci consiste à transformer le doute en vérité au regard de ce qui apparaît comme la situation normale⁴⁸³. On le voit, l'acte coercitif ne possède pas les éléments constitutifs de la présomption. Sa matérialité s'oppose de surcroît au caractère purement intellectuel du procédé. Il lui est donc étranger.

75. L'acte coercitif peut-il dès lors s'analyser en une fiction juridique ? « Mensonge technique consacré par la nécessité »⁴⁸⁴, la fiction a été définie comme « un procédé de logique juridique destiné à rendre compte de certains effets de droit et fondé sur une méconnaissance volontaire de la réalité. Elle constitue le domaine du *tout doit se passer comme si*, mais, à la différence de l'hypothèse scientifique qui repose sur une réalité probable, la fiction s'appuie sur une violation certaine de cette réalité »⁴⁸⁵. Le trait fondamental de ce procédé réside bien dans la négation consciente de la réalité⁴⁸⁶. Encore faut-il savoir de quelle réalité il s'agit : la réalité matérielle ou bien la réalité juridique ? Si d'aucuns affirment que les fictions méconnaissent la réalité matérielle⁴⁸⁷, la doctrine majoritaire estime qu'elles faussent la réalité juridique⁴⁸⁸. En tout état de cause, celles-ci tendent à un résultat jugé bénéfique⁴⁸⁹. C'est précisément à cette fin qu'elles altèrent les concepts juridiques établis⁴⁹⁰, ceux-ci se révélant insuffisants, sinon inadaptés aux besoins d'un problème de droit particulier⁴⁹¹. En définitive,

⁴⁸² V. R. DECOTTIGNIES, *op. cit.*, n°10, p. 27 et 28, n°116, p. 304.

⁴⁸³ V. F. GENY, *op. cit.*, n°230, p. 266 ; P. ROUBIER, *op. et loc. cit.* ; R. DEMOGUE, Les notions fondamentales du droit privé, *op. cit.*, p. 550 et 551. *Adde*, H. MOTULSKY, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs, Sirey, 1948, préf. P. ROUBIER, Dalloz, 2002, rééd. présentée par M.-A. FRISON-ROCHE, n°130, p. 143 à 146, qui réfute l'idée d'une consécration générale de la théorie de l'apparence en matière de preuve.

⁴⁸⁴ R. VON JHERING, L'esprit du droit romain, t. 4, Paris, 3^{ème} éd., 1888, § 68, p. 296.

⁴⁸⁵ Rapport de R. HOUIN, *in* Le problème des fictions en droit civil, Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1947, t. III, Dalloz, 1948, p. 242 et s. Pour une autre approche : P. FORIERS, Présomptions et fictions, *in* Les présomptions et les fictions en droit, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 7 et s., p. 16 et 17. C'est « un procédé de technique juridique consistant à supposer un fait ou une situation différente de la réalité pour en déduire des conséquences juridiques ». Elle est reprise par J.-L. BERGEL, *in* Méthodologie juridique, P.U.F., Thémis, Droit privé, 2001, p. 73 ; J.-L. SOURIOUX, Introduction au droit, *op. cit.*, n°42 : « Plus précisément, la *fiction* est un procédé consistant en vue d'arriver à un résultat jugé souhaitable à faire *comme si* un fait ou une situation existait ou, au contraire, n'existait pas ».

⁴⁸⁶ O. CAYLA, La fiction. Ouverture : le jeu de la fiction entre « comme si » et « comme ça », Droits, 1995, n°21, p. 3 et s., not. p. 7 et 8 ; Y. THOMAS, *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales, Droits, 1995, n°21, p. 17 et s. ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, Les fictions en droit privé, Arch. phil. dr., 1975, t. 20, p. 273 et s., n°3, p. 275 ; F. GENY, Science et technique en droit privé positif, *op. cit.*, n°240, p. 361 ; P. ROUBIER, Théorie générale du droit, *op. cit.*, n°13, p. 115.

⁴⁸⁷ V. J. DABIN, La technique de l'élaboration du droit positif (...), *op. cit.*, p. 279, 280, 300 et 321 ; F. GENY, *op. cit.*, n°240, p. 366, n°241, p. 367, n°243, p. 389 et 391 ; P. ROUBIER, *op. et loc. cit.*

⁴⁸⁸ V. R. DEMOGUE, Les notions fondamentales du droit privé (...), *op. cit.*, p. 243, 244 et p. 247 et 248 ; C. PERELMAN, Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse, *in* Les présomptions et les fictions en droit, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 339 et s., spéc. p. 343, 347 et 348 ; R. HOUIN, *op. cit.*, p. 244, précisant que c'était également la position de SALEILLES ; A.-M. LEROYER, Les fictions juridiques, Thèse, Paris II, 1995, n°30 à 35, p. 41 à 47 ; G. WICKER, Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique, L.G.D.J., 1997, Bibl. dr. privé, t. 253, préf. J. AMIEL-DONAT, n°2.2, p. 11 ; D. COSTA, Les fictions juridiques en droit administratif, L.G.D.J., 2000, Bibl. dr. public, t. 210, préf. E. PICARD, p. 115 et 558, plus partagée. Après avoir rejeté le critère de la réalité (matérielle et juridique), un auteur a enfin trouvé dans la logique du discours juridique le critère adéquat des fictions en droit : P. WOODLAND, Le procédé de la fiction dans la pensée juridique, Thèse, Paris II, 1981, p. 94 à 109. Cette thèse a été critiquée (A.-M. LEROYER, *op. cit.*, n°27, p. 38 et s.).

⁴⁸⁹ En ce sens, J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *op. cit.*, n°20, p. 285 ; J.-L. BERGEL, *op. cit.*, p. 74 à 76.

⁴⁹⁰ G. WICKER, *op. cit.*, n°2.2, p. 12. L'altération se produit « par la méconnaissance soit des conditions logiques, soit des effets logiques de leur application ».

⁴⁹¹ V. O. CAYLA, *op. cit.*, p. 8 ; C. PERELMAN, Présomptions et fictions en droit (...), *op. cit.*, p. 343. Sur la fonction et l'utilité des fictions : R. HOUIN, *op. cit.*, p. 245 à 247, et surtout, J.-L. BERGEL, Méthodologie juridique, *op. cit.*, p. 75 à 87.

une brève analyse du procédé suffit à démontrer son incompatibilité avec l'acte coercitif. Cet acte n'opère aucune entorse à la réalité afin de produire un résultat juridique satisfaisant. De plus, son caractère matériel entre à nouveau en contradiction avec l'aspect intellectuel de la fiction. Ni le qualificatif de présomption ni celui de fiction ne convient à l'acte coercitif⁴⁹². A première vue, le qualificatif de notion « floue » ne semble guère plus adapté.

3°- La notion « floue »

76. Il s'agit d'une terminologie générique, trois sortes de notions proches pouvant être discernées. En premier lieu, la notion-cadre apparaît synonyme du standard juridique⁴⁹³, dénomination plus courante. Notion vague, elle entretient volontairement un flou juridique⁴⁹⁴. C'est peut-être en raison de l'impossibilité de lui fournir une définition « bloquée »⁴⁹⁵, qu'elle passionne autant la doctrine⁴⁹⁶. Découvert par Roscoe POUND, le standard juridique a été appréhendé comme « une mesure moyenne de conduite sociale correcte »⁴⁹⁷. La pensée du doyen d'Harvard a incontestablement influencé les recherches ultérieures menées sur le procédé⁴⁹⁸. Concept difficile à saisir, il a été défini en référence à l'idée de normalité⁴⁹⁹. Il est classique de distinguer le standard de la règle de droit ou même du principe juridique⁵⁰⁰. Celui-ci ne peut être regardé comme une règle, dans la mesure où ce sont les normes juridiques qui le contiennent⁵⁰¹. Il existe alors une différence de nature entre les deux concepts⁵⁰². A la souplesse et l'adaptabilité du standard s'oppose l'aspect statique et rigide de la règle.

⁴⁹² Pas plus que celui d'analogie, qu'il ne semble pas opportun d'étudier pour éviter de surcharger ces développements.

⁴⁹³ V. P. COET, Les notions-cadres dans le Code civil. Etude des lacunes *intra-legem*, Thèse, Paris II, 1985, p. 10. Il évoque encore la « notion floue », la « notion indéterminée », la « lacune *intra-legem* », la « notion imprécise » comme synonymes ; C. JARROSSON, La notion d'arbitrage, L.G.D.J., 1987, Bibl. dr. privé, t. 198, préf. B. OPPETIT, n°462, p. 223 et 224.

⁴⁹⁴ V. G. CORNU, Regards sur le titre III du Livre III du Code civil, Cours photocopié du D.E.A. de droit privé 1976-1977, n°70, p. 56 ; P. HENAFF, L'unité des notions-cadre, J.C.P., 2005, I, 189, n°1 ; P. DELEBECQUE, Les standards dans les droits romano-germaniques, R.R.J., 1988, p. 871 et s., spéc. p. 875.

⁴⁹⁵ G. CORNU, *op. et loc. cit.*

⁴⁹⁶ D'importants travaux ont été consacrés aux standards juridiques : V. not., S. RIALS, Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), L.G.D.J., 1980, Bibl. dr. public, t. 135, préf. P. WEIL ; Cahiers de méthodologie juridique n°3. Les standards dans les divers systèmes juridiques, R.R.J., 1988, n°4.

⁴⁹⁷ R. POUND, The administrative application of legal standard, American Bar Association Reports, 1919, vol. 44, p. 445 et s. Développé en droit anglo-américain, ce concept existe en droit romain, mais n'a fait l'objet d'aucune étude spécifique.

⁴⁹⁸ V. A.-A. AL-SANHOURY, Le standard juridique, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. GENY, t. II, Les sources générales des systèmes juridiques actuels, Lib. E. DUCHEMIN, Paris, 1977, p. 144 et s., not. p. 145 ; M. O. STATI, Le standard juridique, Thèse, Paris, 1927, not. n°21, p. 45 (définition) ; S. NERON, Le standard, un instrument juridique complexe, J.C.P., 2011, doct., 1003, spéc. n°10, sur les caractéristiques du standard.

⁴⁹⁹ S. RIALS, Le juge administratif français et la technique du standard, *op. cit.*, n°93, p. 120 : « Le standard est une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination *a priori* de celle-ci. Souvent d'origine jurisprudentielle, et en principe dénoté par l'utilisation de certaines formes, le standard vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité, dans la double acception de ce terme ». Il s'agit de « la faute, le suffisant, le proportionné, l'irrésistible, le besoin, l'urgence... ».

⁵⁰⁰ A.-A. AL-SANHOURY, *op. cit.*, p. 145 à 147, opposant le standard, concret et objectif, au principe, abstrait et subjectif ; J. MAURY, Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives, Recueil d'études en l'honneur d'E. LAMBERT, t. I, Introduction à l'étude du droit comparé, L.G.D.J., 1938, réimpr. 1973, § 35, p. 421 et s.

⁵⁰¹ V. J.-S. NAVARRO, Standards et règles de droit, R.R.J., 1988, p. 833 et s., n°9 et 10, p. 837 ; P. DELEBECQUE, Les standards dans les droits romano-germaniques, *op. cit.*, p. 875 ; J.-L. BERGEL, Avant-propos (les standards dans les divers systèmes juridiques), R.R.J., 1988, p. 805 et s., spéc. p. 809.

⁵⁰² J.-S. NAVARRO, *op. cit.*, n°23 à 25, p. 841 et 842 ; J. MAURY, *op. cit.*, n°4, p. 422, ne faisant pas de distinction de fond entre directive et standard. HAURIU, in Police juridique et fond du droit, R.T.D.civ., 1926, p. 265 et s., a pourtant établi la

Avec ce procédé, le législateur s'en remet au juge⁵⁰³ pour adapter le droit aux faits en lui permettant d'apprécier les comportements ainsi que certains actes⁵⁰⁴.

77. Véritable pouvoir normatif octroyé au juge⁵⁰⁵, le standard présente des dangers, en ce sens qu'il est susceptible d'entacher la prévisibilité, partant la sécurité juridique⁵⁰⁶. Ses avantages en termes de flexibilité et d'adaptabilité ne sont néanmoins plus à démontrer⁵⁰⁷. En somme, un standard existe lorsque « le système juridique invite le législateur à émettre un jugement de valeur portant directement sur des comportements sociaux par référence à un autre système normatif, juridique ou non, existant ou en formation, afin de rendre une décision ou de poser une norme, cette décision ou norme devant s'intégrer au système juridique »⁵⁰⁸. L'analyse de la notion-cadre montre son décalage avec l'acte coercitif. Soumise au principe de la légalité, la procédure pénale s'accommode mal au pouvoir créateur du juge, même si le procédé existe en la matière⁵⁰⁹. Par ailleurs, l'acte coercitif et le standard sont certes tous deux contenus au sein des règles de droit, mais c'est là leur seul point commun. L'acte portant atteinte à la liberté n'appelle aucune comparaison avec la normalité. Il ne s'apparente pas à une mesure moyenne de conduite sociale correcte⁵¹⁰. Les gardes à vue, perquisitions ou écoutes téléphoniques ne constituent pas des notions floues laissées à dessein dans la loi. Par chance pour les libertés individuelles, l'acte coercitif fait l'objet d'une réglementation stricte, il demeure dépourvu de flexibilité et d'adaptabilité.

78. Sous le vocable de notion floue, se dissimule en deuxième lieu la notion à contenu variable. Sa proximité avec la notion-cadre est patente⁵¹¹. Il s'agirait d'un concept créé par la doctrine⁵¹², parfois

distinction entre les deux concepts. Le standard est un élément de méthode qui permet d'élaborer une directive, embryon de règle de droit (p. 271).

⁵⁰³ A qui il est demandé de faire « œuvre personnelle » à chaque fois qu'il applique un standard : P. ORIANNE, *Les standards et les pouvoirs du juge*, R.R.J., 1988, p. 1037 et s., spéc. p. 1067 et 1068.

⁵⁰⁴ V. J.-L. BERGEL, *Avant-propos*, *op. cit.*, p. 809.

⁵⁰⁵ V. FORTIER, *La fonction normative des notions floues*, R.R.J., 1991, p. 755 et s., not. n°12 et s., p. 763 et s. et n°24, p. 767 ; G. CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, *op. cit.*, n°407 ; P. ORIANNE, *op. et loc. cit.*

⁵⁰⁶ C'est pourquoi des auteurs restent réservés sur les standards : V. A. TUNC, *Standards juridiques et unification du droit*, R.I.D.comp., 1970, n°2, p. 247 et s., not. p. 249 et 250 ; P. DELEBECQUE, *op. cit.*, p. 875 ; J. MAURY, *op. cit.*, n°10 et 11, p. 425 et 426, n°14, p. 427 et n°19, p. 430.

⁵⁰⁷ A.-A. AL-SANHOURY, *op. et loc. cit.* ; R. DAVID cité par A. TUNC, *in Standards juridiques et unification du droit*, *op. cit.*, p. 258 et 259, pour qui le standard « réintroduit la vie et la morale dans le droit ». ROUBIER, *in Théorie générale du droit*, *op. cit.*, n°12, p. 112 et 113, relatant et mesurant les avantages et les inconvénients des standards.

⁵⁰⁸ P. JESTAZ, *Rapport de synthèse sur les standards dans les divers systèmes juridiques*, R.R.J., 1988, p. 1181 et s., spéc. p. 1190. Le législateur peut être non seulement un parlement classique ou un exécutif légiférant par délégation, mais encore un juge prétorien s'élevant en législateur (p. 1185).

⁵⁰⁹ Il suffit de citer l'urgence : M. NORD-WAGNER, *L'urgence en procédure pénale*, Thèse, Strasbourg III, 2005, n°212 et s., p. 176 et s. ; M. DELMAS-MARTY, *Les standards en droit pénal*, R.R.J., 1988, p. 1019 et s., spéc. p. 1030 et s., (« délai raisonnable » et droit à un « tribunal indépendant et impartial ») ; P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *De l'usage du standard en procédure pénale*, R.D.A., n°9, 2014, p. 43 et s.

⁵¹⁰ Il a été en revanche indiqué, à juste titre, que « toute mesure de contrainte passe alors nécessairement par l'appréciation de notions négatives, qui justifient la mise en œuvre de certaines procédures » (« le trouble à l'ordre public », « la dangerosité », etc) : P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *op. cit.*, p. 45.

⁵¹¹ A ce sujet : C. PERELMAN, R. VANDER ELST (Etudes publiées par), *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1984.

⁵¹² C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, *op. cit.*, n°464, p. 225.

dénommé « notion indéterminée »⁵¹³ ou « notion générale au contenu indéterminé »⁵¹⁴. Définir la notion à contenu variable paraît compliqué. D'une part, celle-ci reste souvent confondue avec le standard juridique⁵¹⁵. D'autre part, les analyses qui y sont afférentes apparaissent sinon fluctuantes, du moins différentes d'une plume à l'autre⁵¹⁶. Elle a par exemple été définie comme « une notion dont la dénomination, le signifiant, restent constants, mais dont le domaine, le champ, le signifié sont mouvants, évoluent, plus spécialement en fonction de facteurs spatio-temporels »⁵¹⁷, en insistant sur le fait que c'est l'imprécision du contenant d'une notion, c'est-à-dire sa définition, qui en rend le contenu variable⁵¹⁸.

79. On a également mis en évidence sa « disponibilité », son « ouverture au changement voulue par le législateur », et affirmé qu'elle constitue « une technique législative »⁵¹⁹. Selon une autre approche, « c'est à propos de situations qui se caractérisent par l'impossibilité d'établir l'uniformité, la prévisibilité et l'égalité devant la loi que l'on peut parler, d'une façon prégnante, de notions à contenu variable »⁵²⁰. Après l'avoir distinguée de la notion-cadre, on l'a enfin saisie comme « une notion qui, sous le même vocable, s'applique à des réalités différentes sans que celles-ci puissent présenter un caractère d'unité »⁵²¹. Bref, l'acte coercitif ne correspond pas à ce concept. Quel est le rapport entre des actes attentatoires à la liberté, tels la détention provisoire, la garde à vue, la fouille corporelle, avec les notions d'équité, de faute grave, d'intérêt de l'enfant ou d'ordre public⁵²² ? Caractérisées par la souplesse, la flexibilité et l'adaptabilité, ces dernières s'opposent encore une fois à la précision des règles relatives à l'acte coercitif, qui ne peut jamais s'inscrire dans le cadre d'un flou juridique⁵²³.

80. En troisième lieu, la notion sans critère participe de la notion floue. C'est Bruno OPPETIT, qui, à l'occasion d'une étude sur l'arbitrage, semble avoir découvert et employé ce concept⁵²⁴. Celle-ci se

⁵¹³ P. HENAFF, L'unité des notions-cadre, *op. cit.*, n°4.

⁵¹⁴ J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n°469 ; J. GHESTIN, L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français, *in* Les notions à contenu variable en droit, *op. cit.*, p. 77 et s., p. 77.

⁵¹⁵ V. S. RIALS, Les standards, notions critiques du droit, *in* Les notions à contenu variable en droit, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, 1984, p. 39 et s. ; M. NORD-WAGNER, L'urgence en procédure pénale, *op. cit.*, n°216, p. 178 et 179, n°217 et 218, p. 179.

⁵¹⁶ Sur le constat déjà, C. JARROSSON, *op. cit.*, n°463, p. 224, prenant l'ordre public comme illustration.

⁵¹⁷ R. LEGROS, Les notions à contenu variable en droit pénal, *in* Les notions à contenu variable en droit, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, 1984, p. 21 et s., not. n°2, p. 21.

⁵¹⁸ R. LEGROS, *op. cit.*, n°13, p. 27, n°15, p. 29, n°29, p. 37.

⁵¹⁹ J. CARBONNIER, Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille, *in* Les notions à contenu variable en droit, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, 1984, p. 99 et s., spéc. p. 99 et 100.

⁵²⁰ C. PERELMAN, Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse, *in* Les notions à contenu variable en droit, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, 1984, p. 363 et s., spéc. p. 373.

⁵²¹ C. JARROSSON, *op. cit.*, n°464, p. 225. Rapp., M.-A. HERMITTE, Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation : l'exemple des droits intellectuels, *Arch. phil. dr.*, 1985, t. 30, p. 331 et s.

⁵²² V. toutefois, C. JARROSSON, *op. et loc. cit.*, pour qui l'ordre public n'est pas une notion à contenu variable, mais un standard ou une notion à fonction variable.

⁵²³ Sur ce thème, M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, P.U.F., Quadrige, 2004.

⁵²⁴ V. B. OPPETIT, Sur le concept d'arbitrage, *in* Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à B. GOLDMAN, Litec, 1982, p. 229 et s., spéc. p. 235.

présente comme une notion à contenu variable⁵²⁵. Elle ne saurait être distinguée, de façon systématique, de notions proches à l'aide d'un critère précis. La dissociation demeure d'ordinaire possible, seulement le critère utilisé à cette fin diffère en fonction des notions voisines en cause ; d'où sa dénomination de notion sans *critère* et non de notion sans *critères*⁵²⁶. Evoquer une notion sans critères n'aurait aucun sens. Cela reviendrait à parler d'un concept impossible à identifier, parce que dénué de tout caractère propre⁵²⁷. Sous cet éclairage, la notion sans critère constitue-t-elle le qualificatif adéquat à l'acte coercitif ? Une réponse négative s'impose. Un tel acte est celui qui porte atteinte à la liberté, ou plus précisément à l'une des libertés de l'individu. Ce trait fondamental semble se retrouver constamment et forme sans doute son critère essentiel⁵²⁸. Il apparaît en tout cas dans la garde à vue, la détention provisoire, le contrôle judiciaire ou les perquisitions. Après tout, l'acte coercitif ne dispose peut-être pas de nombreux critères permettant de le dissocier des autres notions. Son incompatibilité avec la notion à contenu variable a en outre été expliquée. Il doit pourtant bien exister des qualificatifs juridiques adaptés à cet acte. Il va falloir les retenir et les lui attribuer.

B – Les qualificatifs juridiques retenus

81. Entendu comme l'utilisation des concepts et catégories juridiques, le conceptualisme occupe une place primordiale au sein de l'univers juridique. Il a bien sûr essuyé des critiques⁵²⁹ et fait l'objet de quelques réserves⁵³⁰. Son intérêt a même parfois été contesté sans ambages⁵³¹. Mais, dans l'ensemble, il a été défendu avec vigueur⁵³². Les juristes le jugent nécessaire, voire indispensable⁵³³ et il leur semble inconcevable de s'en priver⁵³⁴. Bien que le concept ait pu être analysé comme un dépassement

⁵²⁵ V. C. JARROSSON, La notion d'arbitrage, *op. cit.*, n°465, p. 226.

⁵²⁶ *Ibid.*

⁵²⁷ *Ibid.*

⁵²⁸ V. *infra*, n°531 et s.

⁵²⁹ V. G. RENARD, Le droit, la logique et le bon sens, Sirey, 1925, 5^{ème} conférence : « Le procès du conceptualisme juridique », p. 163, cité par C. JARROSSON, *op. cit.*, p. 222, note n°35.

⁵³⁰ GENY a dénoncé les dangers de l'abus du conceptualisme : V. F. GENY, Science et technique (...), t. III, *op. cit.*, n°213, p. 166 et s., not. p. 169, 170 et 174, n°220, p. 198, n°222, p. 207. DUGUIT semble également réservé à ce sujet : V. J. BONNECASE, La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente. Ses variations et ses traits essentiels, t. I, Delmas éditeur, Bordeaux, 1933, n°43, p. 113 et s.

⁵³¹ V. B. CHENOT, concl. sur CE, 10 fév. 1950, Rec., p. 100, spéc. p. 101 ; B. CHENOT, La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat, E.D.C.E., 1950, p. 77 et s., not. p. 77 et 82. Sur la question, M. WALINE, Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?, Mélanges J. DABIN, Bruylant, 1963, t. I, p. 359 et s., spéc. p. 362.

⁵³² V. J. RIVERO, Apologie pour les « faiseurs de systèmes », D., 1951, chron., p. 99 et s. Fondamental, cet article constitue une réponse directe au commissaire du gouvernement CHENOT ; M. WALINE, *op. cit.*, p. 366 et 371 ; R.-E. CHARLIER, La technique de notre droit public est-elle appropriée à sa fonction ?, E.D.C.E., 1951, p. 32 et s., spéc. n°34 et s., p. 54 et s. ; G. VEDEL, Les bases constitutionnelles du droit administratif, E.D.C.E., 1954, p. 21 et s., not. n°4, p. 23. Sur le courant empirique, son développement et les réactions qu'il a suscité, T. FORTSAKIS, Conceptualisme et empirisme en droit administratif français, L.G.D.J., 1987, Bibl. dr. public, t. 152, préf. J. RIVERO, p. 134 et s.

⁵³³ Outre les auteurs précités : J. BONNECASE, *op. cit.*, n°52, p. 130 et 131 ; R. LATOURNERIE, Sur un lazare juridique (...), *op. cit.*, p. 93 ; C. EISENMANN, Quelques problèmes (...), *op. cit.*, n°5, p. 27 et 28 ; R. SAVATIER, Réalisme et idéalisme (...), *op. cit.*, p. 82 et 83 ; C. JARROSSON, *op. cit.*, n°458 et 459, p. 220 et 222 ; J.-L. BERGEL, Méthodologie juridique, *op. cit.*, p. 50 et s., p. 111 et s.

⁵³⁴ En ce sens, B. OPPETIT, Les rapports des personnes morales (...), *op. cit.*, p. 376 et 377 ; P. PESCATORE, Introduction (...), *op. cit.*, n°147, p. 223.

de la notion⁵³⁵, les deux termes restent synonymes⁵³⁶ (et seront employés ainsi). « Idée générale de l'objet proposé au travail de l'esprit »⁵³⁷, le concept juridique permet de saisir des réalités de façon abstraite⁵³⁸. Lui donner une définition unique se révèle cependant malaisé⁵³⁹, chaque auteur insistant sur un élément différent⁵⁴⁰. En logique, cette pluralité d'approches a généré de multiples classifications binaires : concepts représentatifs et régulateurs⁵⁴¹, concepts primaires et réflexifs ou construits⁵⁴², concepts déterminés et indéterminés⁵⁴³, notions du type technologique et du type idéologique⁵⁴⁴, notions conceptuelles et fonctionnelles... Seule cette dernière opposition intéresse réellement l'acte coercitif. Employée de façon fréquente par la doctrine, elle offre une distinction éclairante entre deux sortes de notions. Si l'acte coercitif épouse l'une d'elles, ou bien s'il dépasse la division bipartite, il forme peut-être une catégorie juridique puisque les notions s'insèrent dans les catégories⁵⁴⁵. Il apparaît donc utile de vérifier que les qualificatifs de notion conceptuelle et fonctionnelle (1°) sont adaptés à l'acte coercitif, avant de rechercher si celui de catégorie juridique (2°) lui est applicable.

1°- La notion conceptuelle et la notion fonctionnelle

82. En distinguant les notions conceptuelles des notions dites fonctionnelles, le doyen VEDEL a apporté un éclairage nouveau sur les notions juridiques⁵⁴⁶. D'après cet auteur, les premières « peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes »⁵⁴⁷. Elles possèdent « une réelle unité conceptuelle »⁵⁴⁸ et « on pourrait dire ce qu'elles *sont* indépendamment de ce à quoi elles *servent* »⁵⁴⁹. L'auteur illustre son propos par

⁵³⁵ F.-P. BENOIT, *Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel*, Mélanges G. PEISER, Droit public, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 23 et s., spéc. p. 27 et s.

⁵³⁶ Même si « la tendance naturelle des juristes est de préférer le terme de notion à celui de concept » : J.-L. SOURIOUX, *Introduction au droit*, *op. cit.*, n°40.

⁵³⁷ F. GENY, *Science et technique (...)*, t. I, *op. cit.*, n°50, p. 147 ; R. SAVATIER, *op. cit.*, p. 76 et 91, pour qui le concept juridique est « l'alliance d'un fait brut avec une idée, elle-même inspirée d'une certaine conception de la justice » ; J.-L. SOURIOUX, *op. et loc. cit.*, s'appuyant sur J. FERSTENBERT, *in* *Recherche sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques*, Thèse, Paris II, 1976, p. 695.

⁵³⁸ V. F. GENY, *Science et technique (...)*, t. III, *op. cit.*, n°213, p. 174 et n°218, p. 193 ; B. OPPETIT, *op. cit.*, p. 378 ; J. PARAIN-VIAL, *La nature du concept juridique et la logique*, Arch. phil. dr., 1966, p. 45 et s., spéc. p. 50 ; C. DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Sirey, éd. Delachaux & Niestlé, Neuchâtel, 1937, n°185, p. 171.

⁵³⁹ B. OPPETIT, *op. et loc. cit.* ; V. J. DABIN, *La technique de l'élaboration (...)*, *op. cit.*, p. 103 et s.

⁵⁴⁰ V. par ex., E.-R. GRAU, *Notes sur les concepts juridiques*, R.R.J., 1994, p. 769 et s., spéc. p. 772. Comp., E. PICARD, *La méthode dans les sciences*, 4^{ème} éd., 1915, cité par J. BONNECASE, *op. cit.*, n°57, p. 136.

⁵⁴¹ Classification proposée par J. RAY : V. B. OPPETIT, *op. cit.*, p. 379.

⁵⁴² V. P. PESCATORE, *op. cit.*, n°138, p. 211 ; J.-L. BERGEL, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁴³ P. PESCATORE, *op. cit.*, n°138, p. 212 ; J.-L. BERGEL, *op. et loc. cit.*

⁵⁴⁴ J.-L. SOURIOUX, *op. et loc. cit.*

⁵⁴⁵ V. J.-L. BERGEL, *op. cit.*, p. 111 et s. ; G. CORNU, *Droit civil (...)*, *op. cit.*, n°187.

⁵⁴⁶ V. G. VEDEL, *De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires)*, J.C.P., 1948, I, 682. V. surtout, G. VEDEL, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, J.C.P., 1950, I, 851. Il apparaît préférable de citer cet auteur plutôt que de résumer ses propos, car lui seul a élaboré cette distinction *ex nihilo*.

⁵⁴⁷ G. VEDEL, *La juridiction compétente (...)*, *op. cit.*, n°4.

⁵⁴⁸ *Ibid.*

⁵⁴⁹ *Ibid.* (c'est l'auteur qui souligne).

quelques exemples : la notion de fonctionnaire, celle de commune ou de décision exécutoire. Il ajoute d'ailleurs que « l'utilisation de toutes ces notions dépend de leur contenu ; le contenu ne dépend pas de l'utilisation »⁵⁵⁰. De leur côté, les notions fonctionnelles « procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité »⁵⁵¹. Celles-ci « permettent au juge de résoudre un certain nombre de problèmes du même type au jour le jour, tout en réservant l'avenir. Elles ne sont pas un pur mot, car elles s'inspirent d'une idée ou d'un faisceau d'idées que l'on peut formuler ; mais elles constituent des notions "ouvertes", prêtes à s'enrichir de tout l'imprévu du futur »⁵⁵². Bref, moins rigoureuses que les notions conceptuelles, il n'est possible que d'en dresser un catalogue et de les définir uniquement par rapport à leur utilité ou fonction. VEDEL cite alors la voie de fait, les actes de gouvernement et les mesures d'ordre intérieur⁵⁵³.

83. Développée à l'origine pour diverses institutions du droit administratif⁵⁵⁴, cette analyse a connu un large écho. Le raisonnement a gagné l'ensemble des matières juridiques et n'a cessé de progresser. Son utilisation a été étendue aux notions d'affectation⁵⁵⁵, de cause⁵⁵⁶, de condition⁵⁵⁷, d'accessoire⁵⁵⁸, de provision⁵⁵⁹, de caducité⁵⁶⁰, de subrogation réelle⁵⁶¹, d'ordre public⁵⁶², de décisions provisoires⁵⁶³ ou d'intérêt d'une bonne administration de la justice⁵⁶⁴. Il est pourtant loin de faire l'unanimité⁵⁶⁵.

⁵⁵⁰ *Ibid.*

⁵⁵¹ *Ibid.*

⁵⁵² G. VEDEL, De l'arrêt *Septfonds* à l'arrêt *Barinstein* (...), *op. cit.*, n°11.

⁵⁵³ G. VEDEL, La juridiction compétente pour prévenir (...), *op. et loc. cit.*

⁵⁵⁴ Faut-il rappeler que le créateur de la distinction est un publiciste ? V. déjà, G. VEDEL, Essai sur la notion de cause en droit administratif français, Thèse, Toulouse, 1934, Librairie du Recueil Sirey, p. 463, précisant, au sujet de la cause, qu'« en tant que concept, elle a un contenu variable ; mais comme *fonction* elle présente une permanence certaine ». Il poursuit en évoquant « l'unité "fonctionnelle" de la notion de cause » et note que « cette unité se présente comme différente de ce que l'on pouvait attendre. On ne peut pas la définir par le *contenu* d'un concept, mais par sa *fonction* » (p. 494, il souligne).

⁵⁵⁵ V. S. GUINCHARD, L'affectation des biens en droit privé français, Thèse, Lyon, L.G.D.J., 1976, Bibl. dr. privé, t. 145, préf. R. NERSON, n°51, p. 41 et n°52, p. 42.

⁵⁵⁶ V. J. MAURY, Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence, R.I.D.comp., 1951, p. 485 et s., spéc. p. 486 et 514. *Adde*, P. HEBRAUD, sous rapport MAURY préc., p. 509 à 511.

⁵⁵⁷ V. P. DEROUIN, Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition, R.T.D.civ., 1978, p. 1 et s., spéc. n°4, p. 3 et n°79, p. 40.

⁵⁵⁸ V. G. GOUBEAUX, La règle de l'accessoire en droit privé, L.G.D.J., 1969, Bibl. dr. privé, t. 93, préf. D. TALLON, n°11 et 12, p. 23 et 24.

⁵⁵⁹ V. M.-T. CALAIS-AULOY, Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles), Petites affiches, 9 août 1999, n°157, p. 4 et s., à propos de la provision d'un effet de commerce.

⁵⁶⁰ V. P. HEBRAUD, préface de la thèse de Y. BUFFELAN-LANORE, Essai sur la notion de caducité des actes juridiques, Thèse, Toulouse, 1963, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, t. 43.

⁵⁶¹ V. V. RANOUIL, La subrogation réelle en droit civil français, Thèse, Paris II, L.G.D.J., 1985, p. 25.

⁵⁶² V. P. LAGARDE, Recherches sur l'ordre public en droit international privé, L.G.D.J., 1959, Bibl. dr. privé, t. 15, préf. H. BATIFFOL, n°151, p. 177. V. aussi, J. HERON, Rapport français sur l'ordre public, Travaux de l'Association H. CAPITANT, t. 49, 1998, L.G.D.J., 2001, p. 943 et s., spéc. n°2, p. 943 et 944, n°18, p. 955 et n°22, p. 959.

⁵⁶³ V. E. BONIS-GARÇON, Les décisions provisoires en procédure pénale, P.U.A.M., 2002, préf. P. CONTE, n°26 et s., p. 38 et s. et not. n°29, p. 40, n°229 et s., p. 133 et s.

⁵⁶⁴ V. R. CHAPUS, Georges Vedel et l'actualité d'une « notion fonctionnelle » : l'intérêt d'une bonne administration de la justice, R.D.P., 2003, p. 3 et s.

⁵⁶⁵ V. C. EISENMANN, note bibliographique, *in* R.D.P., 1955, p. 802, dénonçant « la très spéculative antithèse entre concepts et notions fonctionnelles ».

Certains auteurs estiment que le recours aux notions fonctionnelles risque de verser dans la facilité⁵⁶⁶ ; d'autres mettent en évidence leurs lacunes rédhibitoires par rapport aux concepts⁵⁶⁷.

84. Cela étant, il convient de se demander si, rapportée à l'acte coercitif, une telle distinction s'avère applicable. Dans l'affirmative, l'acte s'analyse-t-il plutôt en une notion conceptuelle ou fonctionnelle ? S'agit-il d'une notion qui possède les deux aspects ? La doctrine a déjà qualifié l'acte coercitif de « notion »⁵⁶⁸. C'est sans doute le qualificatif qui lui correspond, tous ceux examinés auparavant, y compris la notion floue, s'étant montrés inadaptés. Il paraît logique de se tourner vers la définition conceptuelle. Celle-ci semble envisageable. De façon schématique, l'acte coercitif est celui qui porte atteinte à la liberté de l'individu ou à l'une de ses libertés. Ce caractère pourrait constituer un critère adéquat et fournir un élément de définition logique. Il apparaît pour le moins récurrent, il se retrouve dans la garde à vue, la détention provisoire, le contrôle judiciaire, les perquisitions et saisies ou les sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules. Il dessinerait, de la sorte, « une réelle unité conceptuelle ». Grâce à ce signe distinctif, il devient possible de dire ce qu'est un acte coercitif en faisant abstraction de sa fonction. Le contenu de la notion ne résulte pas de son utilisation⁵⁶⁹.

85. L'analyse fonctionnelle de l'acte coercitif peut également être menée. Le doyen VEDEL a dégagé des indices afin de reconnaître les notions fonctionnelles. Il indique d'abord à propos de la voie de fait que « son irréductible multiplicité logique nous paraît être à cet égard un signe infaillible »⁵⁷⁰. L'acte coercitif participe justement d'une certaine hétérogénéité. Il renvoie en effet à des actes de nature différente. Les perquisitions et saisies ou les interceptions de conversations téléphoniques réalisées au cours de l'information sont des actes d'investigation. Elles constituent des actes d'instruction. En revanche, la mise en détention provisoire, qui relève de la compétence principale du juge des libertés et de la détention, a certes pu être regardée comme une mesure d'instruction et une mesure de prévention⁵⁷¹. Mais cet acte renferme une décision juridictionnelle, à l'image du contrôle judiciaire⁵⁷². Tous les actes coercitifs ne possèdent pas, en résumé, une nature juridique identique : si certains

⁵⁶⁶ Cette facilité a même été taxée de dangereuse : V. S. GUINCHARD, *op. cit.*, n°52, p. 42. On a surtout fait remarquer qu'une fonction est attachée à toute notion, qui doit être « opérationnelle ». La pratique rejetterait une notion purement conceptuelle qui n'aurait aucune implication effective : R. LATOURNERIE, Sur un lazare juridique (...), *op. cit.*, p. 94 et 95 ; Y. GAUDEMET, Les méthodes du juge administratif, Thèse, Paris II, 1971, L.G.D.J., 1972, p. 31 et la note n°31, p. 37 et la note n°73, qualifiant la distinction entre notions conceptuelles et fonctionnelles d'artificielle.

⁵⁶⁷ V. G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n°12, p. 25 ; G. WICKER, Les fictions juridiques (...), *op. cit.*, n°6-1, p. 18. En plus de résumer les critiques émises à l'encontre de la notion fonctionnelle, il ajoute qu'« il leur manque toujours les caractères de précision et de prévisibilité que seule la prédétermination de leur contenu pourrait leur assurer ».

⁵⁶⁸ Par ex., J. PRADEL, note préc. sous Cass. crim., 6 fév. 1996, D., 1996, jurisp., p. 201.

⁵⁶⁹ Sur ce point, V. *infra*, n°470 et s.

⁵⁷⁰ G. VEDEL, La juridiction compétente (...), *op. cit.*, n°5.

⁵⁷¹ V. P. CONTE, L'apparence en matière pénale, Thèse, Grenoble, 1984, 2 tomes, p. 532 à 538.

⁵⁷² Sur le caractère juridictionnel de la détention provisoire et du contrôle judiciaire, V. *infra*, n°227 et s. et n°244 et s.

s'analysent en des actes de poursuite et d'instruction, d'autres sont des actes de juridiction. L'acte coercitif a donc deux sources possibles⁵⁷³.

86. VEDEL évoque ensuite une autre caractéristique des notions fonctionnelles : « c'est la marge étendue d'appréciation concrète réservée au juge »⁵⁷⁴. Ce critère apparaît aussi dans l'acte coercitif. Les O.P.J. ou les magistrats qui souhaitent accomplir un tel acte bénéficient d'un pouvoir d'appréciation étendu car rien ne les oblige *a priori* à l'adopter⁵⁷⁵. Une lecture littérale des textes du Code de procédure pénale suffit à s'en convaincre. L'article 92 de ce code dispose que « le juge d'instruction **peut** se transporter sur les lieux pour y effectuer toutes constatations utiles ou procéder à des perquisitions ». De même, l'article 100 du C.P.P. prévoit qu' « en matière criminelle et en matière correctionnelle, si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement, le juge d'instruction **peut**, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications ». Enfin, l'article 138 du C.P.P. énonce que « le contrôle judiciaire **peut** être ordonné par le juge d'instruction ou par le juge des libertés et de la détention (...) ». L'utilisation du verbe pouvoir par le législateur institue une faculté offerte aux O.P.J. et aux juges. A l'inverse, l'emploi du verbe devoir les aurait obligés. Il aurait alors écarté toute appréciation personnelle sur l'opportunité de l'acte⁵⁷⁶. Or, il est logique (et raisonnable) de ne procéder à des actes privatifs ou restrictifs de liberté que si les nécessités de l'enquête ou de l'instruction l'exigent⁵⁷⁷. Les libertés individuelles ne doivent jamais subir d'atteintes injustifiées.

87. En définitive, l'acte coercitif s'apparente à une notion fonctionnelle. Il réunit les divers éléments avancés par la doctrine pour identifier de telles notions. Seulement, il paraît peu probable que sa fonction permette d'aboutir à l'unité de la notion qu'elle est pourtant censée réaliser ; car l'acte coercitif semble avoir différentes fonctions. Adoptées dans un but probatoire, les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications ou les perquisitions et saisies servent à découvrir la vérité. De son côté, la détention provisoire est parfois ordonnée pour sanctionner le mis en examen qui se soustrait aux obligations du contrôle judiciaire. Dans le même ordre d'idées, le juge de l'application des peines peut délivrer un mandat d'amener ou d'arrêt à l'encontre du condamné placé à l'extérieur qui ne respecte pas ses obligations. Cette fonction de sanction est totalement étrangère aux perquisitions et écoutes téléphoniques. Les actes coercitifs ne remplissent donc pas une fonction

⁵⁷³ Rapp., à propos de la voie de fait, G. VEDEL, La juridiction compétente (...), *op. et loc. cit.*

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ V. E. BONIS-GARÇON, *op. cit.*, n°28, p. 39, qui évoque ceci à propos des décisions provisoires. Nous empruntons les termes de cet auteur dans le texte.

⁵⁷⁶ *Ibid.*

⁵⁷⁷ *Ibid.* L'auteur prend pour exemple la détention provisoire : « Ainsi, le juge au stade de l'instruction n'est jamais tenu de placer une personne en détention provisoire. La liberté demeure le principe et ce n'est qu'au prix d'une motivation de sa décision qu'il pourra procéder à cette mesure ».

identique. Par ailleurs, les notions fonctionnelles sont décrites comme des notions vagues et floues⁵⁷⁸, proches des notions à contenu variable et sans critère⁵⁷⁹. Or, les actes coercitifs jusqu'ici évoqués ne présentent en aucun cas un aspect vague et flou. Ils font au contraire l'objet d'une réglementation stricte, dans la mesure où ils portent atteinte aux libertés individuelles. La définition fonctionnelle de l'acte coercitif appelle, au fond, une attention particulière, ne serait-ce que pour appréhender cette notion sous tous les angles. Elle laisse cependant transparaître ses limites⁵⁸⁰. Si une telle analyse semble insuffisante, c'est que l'acte coercitif s'apparente davantage à une notion conceptuelle. S'agit-il pour autant d'une catégorie juridique ?

2°- La catégorie juridique

88. Très nombreuses, les catégories juridiques forment des cadres dans lesquels s'insèrent les éléments de la vie juridique⁵⁸¹, suivant leurs natures et leurs ressemblances⁵⁸². Ce sont « des ensembles de droits, de choses, de personnes, de faits ou d'actes ayant entre eux des traits communs caractéristiques et obéissant à un régime commun »⁵⁸³. Parce qu'elles renferment les concepts⁵⁸⁴, elles manifestent un degré de généralité plus élevé que ceux-ci et ne sont donc perceptibles qu'au second degré⁵⁸⁵. Identifier le critère d'une catégorie juridique, mettre en évidence sa spécificité par rapport aux autres, suppose de déterminer l'ensemble des éléments propres à la notion (ou aux notions) qui la compose(nt)⁵⁸⁶. La classification des notions en catégories ne peut être opérée qu'après cet effort de définition⁵⁸⁷ ; car elle procède, non d'un donné, mais des constructions intellectuelles des juristes⁵⁸⁸. En dépit de certains dangers⁵⁸⁹, les catégories juridiques présentent tout de même de sérieux avantages. Elles permettent d'obtenir la systématisation du droit⁵⁹⁰. Elles aboutissent aussi à simplifier la réalité

⁵⁷⁸ V. G. VEDEL, De l'arrêt *Septfonds* (...), *op. cit.*, n°11.

⁵⁷⁹ Sur le rapprochement, C. JARROSSON, *op. cit.*, n°467, p. 227.

⁵⁸⁰ V. *infra*, n°362 et s.

⁵⁸¹ Elles ne doivent pas être confondues avec les institutions juridiques. Sur ces dernières, P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, n°3, p. 17 et s. ; H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, *op. cit.*, n°320 à 322.

⁵⁸² F. TERRE, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n°404

⁵⁸³ E. VERGES, La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire, *op. cit.*, n°17, p. 33, reprenant la définition du professeur BERGEL. Pour une autre définition, S. THERON, *Les catégories en droit administratif*, R.R.J., 2005, p. 2399 et s., spéc. p. 2399 et la note 1, s'appuyant sur la conception de M. DEGUERGUE, *in* *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, L.G.D.J., 1994, p. 649.

⁵⁸⁴ Selon le mot du doyen CORNU, *in* *Droit civil. Introduction au droit*, *op. cit.*, n°187, « la catégorie juridique est le lieu d'un concept ».

⁵⁸⁵ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 107. Adde, Y. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 40, pour qui « les catégories ne sont finalement que la mise en ordre des notions ».

⁵⁸⁶ V. G. CORNU, *op. et loc. cit.* ; E. VERGES, *op. et loc. cit.*

⁵⁸⁷ En ce sens, C. AMBROISE-CASTEROT, *De l'accusatoire (...)*, *op. cit.*, n°204, p. 134. Sur les classifications juridiques, V. F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, *op. cit.*, n°52, p. 154. GENY, *in* *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *op. cit.*, n°207 et s., p. 123 et s., s'est intéressé aux catégories juridiques, distinguant les catégories formelles des catégories réelles.

⁵⁸⁸ C. EISENMANN, *Quelques problèmes (...)*, *op. cit.*, n°10, p. 31 et n°12, p. 33 et 34 ; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, n°179.

⁵⁸⁹ Sur ce point, F. GENY, *Science et technique (...)*, t. III, *op. cit.*, n°213, p. 169 ; P. ROUBIER, *Théorie générale (...)*, *op. cit.*, n°3, p. 16 et 17.

⁵⁹⁰ V. J.-L. BERGEL, *op. et loc. cit.* ; J. DABIN, *La technique (...)*, *op. cit.*, p. 233.

factuelle et, ce faisant, à assurer « la praticabilité » du droit⁵⁹¹. Elles constituent encore un bastion de la sécurité juridique, en ce sens qu'elles offrent la possibilité de connaître à l'avance la règle de droit applicable à la situation⁵⁹². Nul n'ignore, à cet égard, l'importance de la prévisibilité en droit pénal, régi par le principe de la légalité criminelle⁵⁹³.

89. De ce point de vue, les catégories se révèlent essentielles dans l'univers juridique⁵⁹⁴. Pour savoir si la notion d'acte coercitif en forme une, cela implique de préciser les grandes règles qui gouvernent leur détermination, sachant que celle-ci demeure délicate en raison de leur degré variable⁵⁹⁵. Il faut d'abord procéder à un travail d'identification de la catégorie juridique qui va permettre sa délimitation. Elle se dévoile en isolant le ou les traits communs à toutes les situations qu'elle comporte et en faisant abstraction des différences qu'elle englobe⁵⁹⁶. Le juriste cerne alors les caractères communs à toutes les espèces contenues dans la catégorie et en vertu desquels celles-ci se démarquent des espèces appartenant à une autre catégorie⁵⁹⁷. Il établit des classifications puisqu'il a dégagé des « *critères de liaison* unissant les divers éléments de chaque catégorie » et des « *critères de dissociation* permettant d'opposer les catégories entre elles »⁵⁹⁸. S'agissant de l'acte coercitif, un obstacle pourrait s'opposer à l'attribution d'un tel qualificatif. Il semble que cet acte emprunte aux actes de juridiction et aux actes de poursuite et d'instruction attentatoires aux libertés individuelles. Ce trait commun suffit-il à justifier le regroupement d'actes de nature différente dans une même catégorie ? Cela ne heurte-t-il pas les principes ?

90. Sans doute, les catégories ne doivent pas renfermer des éléments trop hétérogènes. Il faut donc rechercher un équilibre en la matière afin de ne pas aboutir à un nombre insuffisant, ou au contraire excessif, de catégories. Mais les éléments n'ont pas à être identiques. Ceux-ci doivent seulement afficher une ressemblance importante⁵⁹⁹. Par exemple, le contrat est une notion. Il forme en plus une

⁵⁹¹ V. R. SAVATIER, Réalisme et idéalisme (...), *op. cit.*, p. 82 et 83 : « Poser des catégories, moyen initial et nécessaire du travail du juriste, c'est apporter, en effet, une simplification volontaire aux caprices spontanés et divers de la réalité. (...) Toute l'embryogénie du droit se ramène, précisément, à poser, sur la complexité et la variabilité des faits, un cadre assez simple pour obéir à une règle normative commune » ; F. GENY, Science et technique (...), t. III, *op. cit.*, n°188, p. 35 ; J. DABIN, *op. cit.*, p. 232.

⁵⁹² A ce sujet, J. RIVERO, Apologie (...), *op. cit.*, p. 100 ; M. WALINE, Empirisme et conceptualisme (...), *op. cit.*, p. 364. Rapp., P. ROUBIER, *op. cit.*, n°3, p. 16.

⁵⁹³ Au principe de la légalité des délits et des peines, il convient d'ajouter le principe de la légalité procédurale. En vertu de l'article 34 de la Constitution, la procédure pénale fait partie du domaine législatif.

⁵⁹⁴ V. les développements pénétrants de L. HUSSON, *in* Les transformations de la responsabilité. Etude sur la pensée juridique, P.U.F., 1947, Bibl. de philosophie contemporaine, p. 205 et s., spéc. p. 210.

⁵⁹⁵ G. CORNU, *op. cit.*, n°188.

⁵⁹⁶ J.-L. BERGEL, Théorie générale (...), *op. cit.*, n°182 ; J.-L. BERGEL, Méthodologie (...), *op. cit.*, p. 113.

⁵⁹⁷ *Ibid.*

⁵⁹⁸ *Ibid.* (l'auteur souligne). On aura compris que « les critères de liaison consistent dans la détection des ressemblances caractéristiques, les critères de dissociation dans celle des différences significatives ».

⁵⁹⁹ C. EISENMANN, note bibliographique, *in* R.D.P., 1955, *op. cit.*, p. 802 : « Certes, il est bien vrai qu'il ne peut y avoir de théorie générale que s'appliquant à une catégorie homogène d'objets, car des objets ne constituent une catégorie que s'ils sont homogènes. Mais il faut entendre : suffisamment homogènes, et non pas absolument homogènes. (...) Tous les objets d'une catégorie ne sont pas identiques ; il suffit qu'ils présentent au moins une similitude sérieuse » ; S. THERON, Les catégories (...), *op. cit.*, p. 2415. *Adde*, H. CROZE, Recherche sur la qualification (...), *op. cit.*, n°157, p. 153 et n°158, p. 155 et 156.

catégorie. Il existe divers types de contrats, qui n'ont pas tous les mêmes traits communs et répondent à un régime distinct (la vente, le prêt, la location...) ⁶⁰⁰. Parmi les actes de juridiction et les actes de poursuite et d'instruction, ceux qui possèdent une nature coercitive peuvent par conséquent constituer une catégorie juridique. Bien qu'ils obéissent à des régimes juridiques différents, certains traits dépassent d'ailleurs leur opposition. Les uns comme les autres présentent des garanties pour la personne qui en fait l'objet ⁶⁰¹. Ils lui offrent encore la possibilité d'exercer un recours, indépendamment de sa forme ⁶⁰². Si l'obstacle se montre gênant, il n'apparaît pas rédhibitoire.

91. Une fois les critères dégagés avec précision ⁶⁰³, plusieurs classifications des mêmes objets sont envisageables, puisque ceux-ci se caractérisent par des traits divers. Chacun de ces traits peut conduire à une distinction avec d'autres objets, autrement dit à une classification valable ⁶⁰⁴. Un seul critère doit cependant servir à opposer une catégorie à une autre à un même niveau de distinction entre elles ⁶⁰⁵. Il permet d'opérer entre celles-ci une différence de nature à laquelle s'attache une différence de régime ⁶⁰⁶. Même si un élément se rattache d'ordinaire à plusieurs catégories à la fois ⁶⁰⁷, tel un contrat synallagmatique, consensuel et à titre onéreux ⁶⁰⁸, la mise en exergue de l'un de ses traits significatifs le fait entrer dans une catégorie et exclut *ipso facto* son appartenance à la catégorie opposée. Comme la classification procède d'un critère unique, il en résulte des divisions bipartites et jamais tripartites (ou multipartites) : un bien est meuble **ou** immeuble, corporel **ou** incorporel ⁶⁰⁹... Il s'agit de catégories alternatives. A l'acte coercitif s'oppose donc l'acte non coercitif. Soit l'acte attenté aux libertés individuelles, soit il n'opère pas une telle atteinte ⁶¹⁰. Parmi les actes de la procédure pénale, l'erreur consisterait à opposer l'acte coercitif à l'acte de juridiction ou à l'acte d'instruction, car ces derniers n'en constituent que des sous-catégories. Ils se situent à un degré inférieur, l'acte coercitif pouvant

⁶⁰⁰ V. C. LARROUMET, A. AYNES, *Traité (...)*, t. I, *op. cit.*, n°145. V. aussi, M. DE BECHILLON, La notion de principe (...), *op. cit.*, p. 34 et 35.

⁶⁰¹ Garanties plus ou moins importantes en fonction de la nature de la liberté en jeu et de la gravité de l'atteinte qui lui est portée. Il s'agit du respect du formalisme, de la motivation, de la loyauté...

⁶⁰² Un acte juridictionnel est susceptible de contestation par la voie de l'appel, tandis qu'un acte de poursuite et d'instruction permet de former un recours en annulation.

⁶⁰³ Ce travail intellectuel semble essentiel car « pour assurer au Droit la netteté, la fermeté et la sécurité dont la pratique a besoin, la voie la plus simple est de constituer des catégories bien tranchées, reconnaissables à des signes apparents qui permettent de discerner aisément dans chaque cas la solution à adopter » : L. HUSSON, *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Dalloz, 1974, coll. Philosophie du droit, p. 260.

⁶⁰⁴ A cet égard : C. EISENMANN, *Quelques problèmes (...)*, *op. cit.*, n°15, p. 36 et 37, soulignant que « dans tous les objets il y a de multiples traits, qu'on a le droit de considérer ces objets sous autant de points de vue qu'on peut se poser à leur sujet de problèmes, et que chacun d'eux peut ainsi servir de principe à une classification en elle-même valable et légitime ».

⁶⁰⁵ Ce point est fondamental : C. EISENMANN, *op. cit.*, n°16, p. 37 : « (...) A un même degré ou étage la distinction des divers termes d'une classification doit être fonction d'un seul et même trait » ; J.-L. BERGEL, *Théorie générale (...)*, *op. cit.*, n°183 ; S. THERON, *op. cit.*, p. 2414.

⁶⁰⁶ J.-L. BERGEL, *Différence de nature (...)*, *op. cit.*

⁶⁰⁷ V. S. THERON, *op. cit.*, p. 2413, précisant « en fonction du point de vue adopté ».

⁶⁰⁸ J.-L. BERGEL, *Théorie générale (...)*, *op. cit.*, n°181 et 183. Par exemple, une obligation peut être contractuelle, patrimoniale, civile et internationale à la fois.

⁶⁰⁹ V. C. EISENMANN, *op. cit.*, n°16, p. 37 ; J.-L. BERGEL, *Méthodologie (...)*, *op. cit.*, p. 114. Ainsi « il serait faux de classer les phénomènes juridiques en faits juridiques, actes juridiques et contrats, car les contrats ne sont qu'une variété d'actes juridiques ». Rapp., C. AMBROISE-CASTEROT, *De l'accusatoire (...)*, *op. cit.*, n°1, p. 3.

⁶¹⁰ « On ne peut être à la fois une chose et son contraire », comme l'a écrit justement le professeur BERGEL.

revêtir la forme de l'un ou l'autre⁶¹¹. Ils forment, en réalité, les subdivisions de l'ensemble⁶¹². Les actes juridictionnels se distinguent, en revanche, des actes d'instruction⁶¹³. Ces deux types d'actes possèdent une nature distincte et en conséquence un régime différent. Aussi peuvent-ils établir une division bipartite.

92. Selon cette analyse, il paraît difficile d'adhérer à une classification unique en la présentant comme seule exacte. Tout dépend, au fond, du critère retenu⁶¹⁴. L'acte coercitif pourrait dès lors former une catégorie juridique et instituer une nouvelle classification des actes de la procédure pénale. Dans la réalité, le régime juridique souhaité commande l'élaboration des catégories⁶¹⁵. Mais une classification est préférable à d'autres lorsqu'elle repose sur le caractère de l'objet susceptible d'appréhender au mieux un problème singulier⁶¹⁶. Rien ne s'oppose dès lors à ce que l'acte coercitif corresponde à une catégorie. Certains indices corroborent même l'idée de lui attribuer ce qualificatif juridique. D'une part, le nombre des catégories existantes n'est pas figé, il peut évoluer selon les besoins de l'ordre juridique⁶¹⁷. D'autre part, celles-ci ne constituent pas des compartiments parfaits⁶¹⁸. Elles demeurent variables à l'instar des notions qu'elles comprennent. Elles peuvent alors être modifiées en fonction des changements de la réalité juridique⁶¹⁹. C'est justement à cette réalité qu'il convient désormais de s'intéresser. L'acte coercitif s'analyse en une notion. Mais appartient-il pour autant à l'ordre juridique ? Répondre de manière positive nécessite de vérifier sa conformité à la réalité juridique ; car « si les juristes ne s'entendent guère sur la définition et la classification des concepts juridiques, ils sont généralement d'accord, en revanche, sur le caractère essentiel que doivent présenter ces concepts : leur parfaite adéquation à la réalité juridique »⁶²⁰.

⁶¹¹ Sur la question, V. *infra*, n°200 et s. et n°290 et s.

⁶¹² Car les catégories « s'enchevêtrent » : L. HUSSON, Les transformations (...), *op. cit.*, p. 219 et 220. Parmi les contrats, il y a les contrats synallagmatiques et unilatéraux. Parmi les seconds, il y a le contrat de cautionnement. Celui-ci peut être consensuel ou solennel...

⁶¹³ V. B. BOULOC, *op. cit.*, n°169, p. 115.

⁶¹⁴ C. EISENMANN, *op. cit.*, n°15, p. 37: « Ainsi donc, on ne saurait dire comme on le fait trop souvent : voici la classification vraie, la classification exacte ».

⁶¹⁵ S. THERON, *op. cit.*, p. 2404.

⁶¹⁶ C. EISENMANN, *op. cit.*, n°19, p. 40 : « Elle (la classification préférable) consiste à reconnaître quel est, pour un problème donné, celui des traits de l'objet qui offre le plus haut intérêt intellectuel, la plus haute valeur de connaissance. Et l'on peut dire que, normalement, ce sera celui qui réunit dans une même catégorie les objets le plus profondément semblables et sépare au contraire les objets foncièrement dissemblables ».

⁶¹⁷ V. J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n°43, comparant les catégories juridiques aux types biologiques, mais notant qu'à la différence de ces derniers, elles « paraissent susceptibles d'un renouvellement constant ».

⁶¹⁸ V. sur ce point, L. HUSSON, Les transformations (...), *op. cit.*, p. 515 : « Il en résulte que les catégories juridiques, comme toutes les catégories logiques, ne sont jamais que des cadres imparfaits, susceptibles de s'ouvrir à des actes ou à des situations pour lesquels ils n'ont point été faits, ou au contraire d'exclure des actes ou des situations auxquels ils devraient convenir (...) » ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *op. et loc. cit.*

⁶¹⁹ V. B. OPPETIT, Les rapports (...), *op. cit.*, p. 385 et 386 : « On peut alors parler de la relativité des concepts juridiques ; par relativité, il faut d'ailleurs entendre variabilité, et non insuffisance de la représentation que les concepts donnent de la réalité juridique ; car c'est précisément pour mieux cerner cette réalité changeante que le juriste est appelé à modifier les concepts ». V. aussi, H. CROZE, Recherche sur la qualification (...), *op. cit.*, n°197, p. 189.

⁶²⁰ B. OPPETIT, *op. cit.*, p. 381.

Section II – Adéquation de l’acte coercitif à la réalité juridique

93. Rares sont les écrits qui traitent de la réalité juridique⁶²¹. Un auteur lui a, malgré tout, consacré des développements approfondis⁶²². Celle-ci est en quelque sorte synonyme de droit positif⁶²³. Concept général, il signifie la conformité au réel, à la vérité⁶²⁴. En ce qu’il forme le droit qui existe, celui en vigueur ou applicable, le droit positif⁶²⁵ s’oppose traditionnellement au droit naturel⁶²⁶. La science du droit a pour objet les normes juridiques⁶²⁷. La description du droit positif en tant que réalité juridique doit être dépourvue de toute idéologie, car dans le cas contraire, elle risque de masquer, voire de déformer cette réalité⁶²⁸. Apanage du juriste, cette description ne saurait se transformer en création du droit⁶²⁹. Or, lorsqu’il tente d’introduire la justice au sein du droit positif, le juriste sort de sa fonction et méconnaît la réalité juridique si celle-ci se révèle en décalage par rapport à ses conceptions⁶³⁰. C’est donc parce que « seul le droit positif peut constituer une base de travail commune à tous les juristes pour l’élaboration d’une construction doctrinale cohérente et rigoureuse »⁶³¹, que l’acte coercitif appelle à être étudié suivant ces principes⁶³². Cette notion procède-t-elle alors d’une source formelle du droit ou a-t-elle juste vocation à rester cantonnée à la connaissance et à l’analyse systématique du droit⁶³³ ? Une réponse positive à la première interrogation témoignerait de l’adéquation de l’acte coercitif à la réalité juridique. Autant dire qu’il suffit d’entreprendre un examen du droit positif pour

⁶²¹ V. SALEILLES, De la personnalité juridique, p. 519 cité par J. BONNECASE, *in* La pensée juridique (...), *op. cit.*, t. I, n°45 et s., p. 117 et s., et le regard critique de l’auteur sur la théorie de SALEILLES (n°49 et s., p. 123 et s.) ; F. RUSSO, Réalité juridique (...), *op. cit.*

⁶²² V. P. CONTE, L’apparence (...), *op. cit.*, t. II, n°562 et s., p. 705 et s. La réalité juridique fait l’objet d’un sous-titre 1, intitulé « la détermination de la réalité juridique ».

⁶²³ P. CONTE, *op. cit.*, n°562, p. 705 : « (...) la réalité juridique n’est-elle pas assimilable au droit positif ? La réalité juridique n’est-elle pas l’ensemble des “phénomènes” juridiques que décrivent les différentes sources du droit objectif ? » ; B. OPPETIT, *op. cit.*, p. 316, évoquant « la réalité juridique formée de l’ensemble des règles de droit » ; A.-M. LEROYER, *op. cit.*, t. I, n°23, p. 33.

⁶²⁴ C. AMBROISE-CASTEROT, De l’accusatoire (...), *op. cit.*, n°217, p. 143 et la note n°156 ; P. CONTE, *op. cit.*, n°563, p. 705 et 706, oppose deux sortes d’acception de cette réalité et explique que « dans sa seconde acception, la réalité est conçue comme critère de vérité. Au sein d’une science donnée, on opposera ce qui existe et ce qui n’existe pas, bref la vérité à l’erreur. Parler alors de la “réalité”, c’est parler de ce qui est “réel”, par opposition à ce qui est faux, dans la mesure où seul ce qui est réel est conforme à la vérité ».

⁶²⁵ Sur cette notion, C. ATIAS, Observations sur la notion de droit positif, R.R.J., 1980, p. 44 et s. : « La notion de droit positif apparaît définitivement établie, hors de discussion : c’est le droit effectivement applicable. Ce “*de lege lata*” s’oppose traditionnellement au “*de lege ferenda*” » ; J. GHESTIN, Les données positives du droit, R.T.D.civ., 2002, p. 11 et s., not. n°5, p. 12 et n°15, p. 16 ; B. OPPETIT, *op. cit.*, p. 370 et 371, se référant à BOBBIO ; H. BATIFFOL, Sur la positivité du droit, Mélanges J. DABIN, t. I, Bruylant-Sirey, 1963, p. 3 et s. *Adde*, M. DOUCHY, La notion de non-droit, *op. cit.*, p. 458, signalant que « l’expression droit positif en elle-même comporte un certain danger, un danger d’exclusivité (...) ».

⁶²⁶ V. *contra*, S. COTTA, Six thèses sur les rapports entre droit naturel et droit positif, Arch. phil. dr. et de phil. soc., 1983, vol. I, part. 4, p. 17 et p. 25 et s. Sur le droit naturel, V. par ex., M. VILLEY, Une définition du droit, Arch. phil. dr., 1959, Sirey, p. 47 et s., not. p. 55 et 56, dénonçant l’erreur générale sur la définition du droit naturel.

⁶²⁷ H. KELSEN, Théorie pure du droit, *op. cit.*, p. 77. Sur le refus de conférer la valeur de science à l’étude dogmatique du droit positif : P. AMSELEK, Propos introductif, *in* Théorie du droit et science, P.U.F., Léviathan, 1994, P. AMSELEK (dir.), p. 10 et s.

⁶²⁸ Pour des développements essentiels à ce sujet : H. KELSEN, *op. cit.*, p. 115.

⁶²⁹ En ce sens également, B. OPPETIT, *op. cit.*, p. 357 et s., spéc. p. 360 et s.

⁶³⁰ B. OPPETIT, *op. cit.*, p. 367 et 368. Dans pareil cas l’œuvre du juriste « n’a plus aucun caractère scientifique » ; H. KELSEN, Positivisme juridique (...), *op. cit.*, n°2, p. 142.

⁶³¹ B. OPPETIT, *op. cit.*, p. 368. Sur l’idée, S. THERON, Les catégories (...), *op. cit.*, p. 2408.

⁶³² V. encore, J. CARBONNIER, Il y a plus d’une définition dans la maison du droit, Droits, 1990, Définir le droit /2, p. 5 et s., spéc. p. 7 : « Si le droit peut bien être défini par le droit positif, le droit positif n’inclut point la justice dans sa définition ».

⁶³³ V. C. EISENMANN, Quelques problèmes (...), *op. cit.*, n°2, p. 26 et n°6, p. 29.

vérifier cette hypothèse (§1). La vérification effectuée, il ne restera plus qu'à envisager les conséquences d'une telle adéquation dans la théorie du droit (§2).

§1 – La vérification de l'adéquation par l'examen du droit positif

94. A la différence d'un artiste libre de créer, le juriste ne jouit pas d'une telle liberté. Il travaille à partir d'une base conceptuelle dont il n'a pas la maîtrise⁶³⁴. Il analyse, explique les normes juridiques, définit les notions, élabore des constructions effectives, etc. En un mot, il se contente d'étudier le droit⁶³⁵. Si l'acte coercitif constitue une notion de droit, il se trouve dans les normes juridiques⁶³⁶. S'il s'agit d'une simple notion de fait, il demeure en revanche extérieur à ces règles de droit⁶³⁷. A bien y regarder, l'acte coercitif existe dans les règles juridiques (A). Cette existence l'érige en réalité. Et comme « seul ce qui est réel est conforme à la vérité »⁶³⁸, cet acte correspond à la vérité juridique (B).

A – L'existence de l'acte coercitif dans les règles juridiques

95. Les normes juridiques proviennent des sources formelles du droit⁶³⁹. Bien que celles-ci fassent l'objet d'une littérature abondante et génèrent des controverses intéressantes, leur consacrer de longs développements dans le cadre de cette recherche semble sans intérêt⁶⁴⁰. Mieux vaut rappeler que la

⁶³⁴ C. AMBROISE-CASTEROT, De l'accusatoire (...), *op. cit.*, n°220, p. 144, pour qui « l'existence de ce concept de réalité juridique s'explique par les règles propres à la logique juridique ». Quant à cette base conceptuelle, « ce sont des lois, des coutumes, des décisions jurisprudentielles. Celles-ci sont, en quelque sorte, le squelette de sa réflexion ».

⁶³⁵ *Ibid.*

⁶³⁶ V. T. LE BARS, Le défaut de base légale en droit judiciaire privé, L.G.D.J., 1997, Bibl. dr. privé, t. 270, préf. J. HERON, n°154, p. 117 et n°161, p. 124. Rapp. sur les standards, J.-S. NAVARRO, Standards (...), *op. cit.*, n°18, p. 839.

⁶³⁷ Les expressions « normes juridiques » et « règles de droit » seront employées comme synonymes. En ce sens aussi, P. AMSELEK, Norme et loi, Arch. phil. dr., 1980, t. 25, Sirey, 1980, p. 89 et s., spéc. p. 89.

⁶³⁸ P. CONTE, L'apparence (...), *op. cit.*, n°563, p. 706. C'est la seconde acception de la réalité juridique dégagée par l'auteur, celle conçue comme critère de vérité. Seule celle-ci sera utile à l'étude.

⁶³⁹ P. ROUBIER, L'ordre juridique et la théorie des sources du droit, in Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Etudes offertes à G. RIPERT, t. I, L.G.D.J., 1950, p. 9 et s. L'expression « sources formelles du droit » est employée à dessein afin de les opposer aux « sources substantielles » ou « matérielles » du droit, c'est-à-dire très schématiquement « les forces créatrices du droit », qui n'entrent pas dans le droit positif : V. G. RIPERT, Les forces créatrices du droit, L.G.D.J., Paris, 1955, 2^{ème} éd. reprint 1994, n°27, p. 79. Sur la distinction entre les sources du droit, P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 10 et 11 ; C. THIBIERGE, Sources du droit, sources de droit : une cartographie, Mélanges P. JESTAZ, Libres propos sur les sources du droit, Dalloz, 2006, p. 519 et s., spéc. p. 537 et s. Il convient par ailleurs d'observer que « les normes créées sont également souvent désignées comme sources, les deux expressions étant alors prises pour synonymes » : C. THIBIERGE, *op. cit.*, p. 531 et les auteurs cités dans les notes n°65 et 66. Selon P. AMSELEK, in Brèves réflexions sur la notion de « sources du droit », Arch. phil. dr., 1982, t. 27, p. 251 et s., spéc. p. 257, on a eu recours à la métaphore hydrologique des sources du droit « pour désigner ces choses de l'esprit que sont les normes juridiques ».

⁶⁴⁰ Ce qui doit être vérifié, c'est que l'acte coercitif existe bel et bien dans les règles juridiques, les sources formelles du droit n'ayant pas à faire l'objet d'un examen en détail. La difficulté de cerner cette notion est soulignée au demeurant : V. par ex., F. GENY, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, L.G.D.J., 1919, not. t. II, préf. R. SALEILLES, réimpr. 1995 ; J.-L. VULLIERME, Les anastomoses du droit (Spéculation sur les sources du droit), Arch. phil. dr., 1982, t. 27, p. 5 et s. ; J.-L. SOURIOUX, « Source du droit » en droit privé, Arch. phil. dr., 1982, t. 27, p. 33 et s. ; A. SERIAUX, Les sources du droit : vision jusnaturaliste, R.R.J., 1990, p. 167 et s. ; P. JESTAZ, Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit), R.T.D.civ., 1993, p. 73 et s. ; P. JESTAZ, Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre, R.T.D.civ., 1996, p. 299 et s. ; O. TOURNAFOND, « Les deux métamorphoses du droit français ». Observations hétérodoxes d'un civiliste sur la double mutation du droit des obligations et des sources du droit, Mélanges P. MALINVAUD, Litec, 2007, p. 619 et s.

coutume ne saurait être considérée comme une source de la procédure pénale, régie par le principe de légalité⁶⁴¹. Ce principe exclut donc la coutume. De son côté, même si elle emploie souvent le vocable d'acte coercitif⁶⁴², la doctrine demeure regardée comme une simple autorité (intellectuelle)⁶⁴³. Elle n'a aucune compétence pour créer des règles de procédure pénale⁶⁴⁴. Finalement, l'étude des sources de la procédure pénale révèle que l'existence de l'acte coercitif, restée longtemps virtuelle (1°), apparaît désormais bien réelle (2°).

1°- Une existence longtemps virtuelle

96. Pendant une longue période, le droit positif s'est peu préoccupé du vocable d'acte coercitif. Il l'a ignoré tout comme celui de mesure coercitive. La loi et les décrets utilisent l'expression proche de mesure de contrainte⁶⁴⁵. Mais les quelques dispositions qui y sont afférentes demeurent extrêmement éparpillées. Malgré son existence légale et réglementaire, la notion semble latente. Il est possible de la déceler en filigrane dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. La lecture de ses articles 7, 9 et 17 laisse ressortir cette idée⁶⁴⁶. Au sein de la Convention de sauvegarde

⁶⁴¹ Art. 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 ; A. VITU, Le principe de légalité et la procédure pénale, R.I.C.P.T., 1967, vol. XXI, n°2, p. 94 et s. ; M. HERZOG-EVANS, Le principe de légalité et la procédure pénale, Petites affiches, 6 août 1999, p. 4 et s., faisant néanmoins remarquer que, pendant longtemps, de nombreuses pratiques judiciaires pénales, comme les commissions rogatoires, les écoutes téléphoniques ou l'enquête officieuse, ont comblé le silence de la loi.

⁶⁴² Par ex., D. REBUT, Information judiciaire et faits nouveaux, *Justices*, 1996, n°4, chron. préc., p. 292 et 298 ; M. HERZOG-EVANS, *op. cit.*, p. 6 et 11 ; A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, Le droit de la police, Litec, 2^{ème} éd., 1998, n°578, p. 320.

⁶⁴³ La très grande majorité des auteurs refuse, à juste titre, de considérer la doctrine comme une source (formelle) du droit : V. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *op. cit.*, n°142, p. 267 et p. 285 et s. ; P. JESTAZ, *Déclin de la doctrine ?*, *Droits*, 1994, n°20, p. 85 et s., spéc. p. 86 ; P. JESTAZ, C. JAMIN, L'entité doctrinale française, *D.*, 1997, chron., p. 167 et s., not. p. 169 ; L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, F. TERRE, Antithèse de « l'entité » (à propos d'une opinion sur la doctrine), *D.*, 1997, chron., p. 229 et s., spéc. n°2, p. 229 ; N. MOLFESSIS, Les prédictions doctrinales, *Mélanges F. TERRE*, Dalloz-P.U.F.-Juris-Classeur, 1999, p. 141 et s., n°35, p. 162, ainsi que la note n°4 ; C. ATIAS, *Debout les ouvriers du droit ! Autorité et poids de la doctrine*, in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, *Mélanges J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 361 et s., not. n°1, p. 361 et n°2, p. 362 ; G. CANIVET, *La Cour de cassation et la doctrine. Effets d'optique*, *Mélanges J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 373 et s., spéc. p. 374 et 392 ; P. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, *Méthodes du droit*, 2004, p. 139 ; G. GOUBEAUX, *Il était une fois... la Doctrine*, *R.T.D.civ.*, 2004, p. 239 et s., spéc. n°6, p. 244 ; P. JESTAZ, *Genèse et structure du champ doctrinal*, *D.*, 2005, chron., p. 19 et s. SALEILLES y voyait – comme pour la jurisprudence – une « source secondaire » servant au développement de la loi : V. F. GENY, *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode*, dans l'œuvre de Raymond SALEILLES, in *L'œuvre juridique de Raymond SALEILLES*, Lib. nouvelle de droit et de jurisp., Arthur Rousseau (éd.), Paris, 1914, p. 2 et s., not. n°13, p. 51 ; F. TERRE, *A propos de la doctrine de la doctrine de la doctrine*, *R.D.A.*, n°3, fév. 2011, p. 38 et s. *Contra*, A. SERIAUX, *Les sources du droit : vision jusnaturaliste*, *op. cit.*, n°8, p. 169 : « La doctrine constitue ainsi la source du droit par excellence » ; A. SERIAUX, *La notion de doctrine juridique*, *Droits*, 1994, n°20, p. 65 et s. ; J.-L. VULLIERME, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁴⁴ Le droit positif reste une chose extérieure à l'observateur : V. H. BATIFFOL, *La responsabilité de la doctrine dans la création du droit*, *R.R.J.*, 1981, p. 175 et s., spéc. p. 183 ; P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 24 et 25 ; P. JESTAZ, *Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre*, *op. cit.*, p. 309, pour qui la doctrine « propose », tandis que le législateur et le juge « décident » ; P. BRUN, *Sources sulfureuses : remarques cursives sur l'office de la doctrine*, *Mélanges P. JESTAZ*, Dalloz, 2006, p. 67 et s., spéc. p. 77 et 78 ; G. DECOCQ, *Réflexions sur l'influence doctrinale*, *Mélanges P. JESTAZ*, Dalloz, 2006, p. 111 et s., n°1, p. 111 ; P. CONTE, *La part de la doctrine dans la création du droit pénal*, *R.D.A.*, n°3, fév. 2011, p. 69 et s.

⁶⁴⁵ Art. prélim., III, 62-2, 110 et 706-44, D. 13, R. 188 et R. 190 du C.P.P.

⁶⁴⁶ Art. 7 : « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance. » ; Art. 9 : « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi. » ; Art. 17 : « La propriété

des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'acte coercitif apparaît encore sous-jacent. Son article 5 concerne la liberté et la sûreté des personnes. Il évoque les privations de liberté : les arrestations et détentions. Il traite d'actes coercitifs⁶⁴⁷, attentatoires aux droits et libertés garantis⁶⁴⁸. L'article 8 de ladite Convention consacre, pour sa part, le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance. Sous certaines conditions, il autorise des ingérences de l'autorité publique dans l'exercice de ce droit. Or, l'ingérence se traduit par un acte ou une mesure comme le précise le texte dans son 2°. Sans la nommer de la sorte, elle constitue bien une mesure coercitive. Ces raisonnements pourraient être reproduits *mutatis mutandis* pour les articles 9 et 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966⁶⁴⁹.

97. Si le Code de procédure pénale passe sous silence le vocable d'acte coercitif ou de mesure coercitive, il reste longtemps très discret sur la mesure de contrainte. Des actes de cette nature ont pourtant toujours fait l'objet d'une réglementation. Les mandats, les privations de liberté avant jugement ou les perquisitions sont prévus depuis l'adoption de ce code en 1958. Ils existent même déjà sous l'empire du Code d'instruction criminelle. Ainsi l'expression « acte coercitif » aurait-elle pu émerger plus tôt en droit positif. Elle l'aurait pu d'autant plus qu'un rapport élaboré en 1990 par la commission Justice pénale et droits de l'homme entendait consacrer la proportionnalité au stade de la mise en état des affaires pénales⁶⁵⁰. Ce principe devait s'appliquer aux « mesures coercitives, privatives ou restrictives de liberté ou de droit »⁶⁵¹. Le rapport utilisait de façon récurrente l'expression « mesures coercitives »⁶⁵².

98. Plus rarement, il évoquait les « mesures de coercition »⁶⁵³ et les « mesures de caractère coercitif »⁶⁵⁴. De même, le rapport de la commission de réflexion sur la Justice de juillet 1997

étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

⁶⁴⁷ Il traite également de situations extra-pénales, comme l'internement d'un aliéné ou d'un étranger en voie d'expulsion (art. 5-1 e) et f). V. M. DELMAS-MARTY, *Légalité pénale et prééminence du droit selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Mélanges A. VITU, Droit pénal contemporain, Cujas, 1989, p. 151 et s., not. p. 155.

⁶⁴⁸ V. CEDH, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp / Belgique*, n°2832/66, 2835/66, 2899/66 ; R.U.D.H., 1990, p. 71, obs. CALLEWAERT et *alii* : « Dans une matière qui relève de l'ordre public au sein du Conseil de l'Europe, un contrôle scrupuleux, de la part des organes de la Convention, de toute mesure pouvant porter atteinte aux droits et libertés garantis, est commandé dans tous les cas ».

⁶⁴⁹ *Adde*, art. 6, 7, 17 et 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 déc. 2000.

⁶⁵⁰ V. La mise en état des affaires pénales. Commission Justice pénale et droits de l'homme. Rapports, La documentation française, Paris, 1991, p. 83 à 85 (rapport préliminaire), et surtout p. 122 et 123 (rapport final).

⁶⁵¹ « Les mesures coercitives, privatives ou restrictives de liberté ou de droit, prises au cours de la procédure de mise en état en vertu de la loi, doivent être nécessaires et proportionnées au but d'intérêt général invoqué ».

⁶⁵² Rapport préc., p. 19, 22, 43, 44, 46, 71, 112, 169 et 179.

⁶⁵³ Rapport préc., p. 14, 15.

⁶⁵⁴ Rapport préc., p. 173. Il employait aussi les expressions d' « actes portant atteinte aux libertés individuelles » (p. 135, 218, 220), d' « actes attentatoires aux libertés » (p. 169), de « mesures relatives à la liberté individuelle » (p. 149, 150) et de « mesure portant atteinte aux libertés » (p. 192).

rappelait que la présomption d'innocence reste applicable « à toute mesure coercitive »⁶⁵⁵. Il précisait que « l'emploi de mesures coercitives » doit intervenir « dans les cas limitativement prévus par la loi et sous contrôle judiciaire »⁶⁵⁶. Il faisait enfin référence « aux mesures de coercition »⁶⁵⁷. Ces deux rapports ne font cependant pas partie du droit positif, il s'agit de propositions de réforme, bref de la doctrine⁶⁵⁸. Dépourvus de valeur juridique, ils ne peuvent fonder l'existence de l'acte coercitif dans les règles de droit. Celui-ci peut, certes, être décelé dans quelques textes épars sous la terminologie de mesure de contrainte. Si son existence est restée un long moment plus virtuelle que réelle, tel n'est plus le cas aujourd'hui.

2°- Une existence désormais réelle

99. Pour être exhaustive, la description de la réalité juridique suppose d'étudier l'activité jurisprudentielle⁶⁵⁹. Bien que récente, la notion d'acte coercitif s'avère justement présente en jurisprudence (a). Il est même possible de considérer qu'elle fait l'objet d'une reconnaissance légale (b), mais cela suppose de s'attacher davantage à l'esprit de la loi qu'à sa lettre exacte⁶⁶⁰.

a) La présence de la notion en jurisprudence

100. Une telle affirmation mérite d'être vérifiée. A cette fin, il convient de constater cette présence (α). L'importance de cette constatation ne sera pleinement mesurée qu'après avoir examiné pourquoi la jurisprudence, même en procédure pénale, peut être admise au rang des sources du droit (β).

α) La constatation

101. Qu'il soit désigné sous ce vocable précis ou par une expression très proche, l'acte coercitif se trouve dans les jurisprudences constitutionnelle, européenne et judiciaire. S'étant référé aux « mesures

⁶⁵⁵ V. Rapport de la commission de réflexion sur la Justice. Rapport au président de la République, La documentation française, coll. des rapports officiels, Paris, 1997, p. 59.

⁶⁵⁶ Rapport préc., p. 61.

⁶⁵⁷ Rapport préc., p. 62 et 64. Le rapport employait également la notion de « coercition » (p. 46 et 47) et celle de « mesures portant atteinte à des droits de l'homme fondamentaux » (p. 47).

⁶⁵⁸ Il convient d'ajouter le Rapport fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 juin 2006. Dans ce rapport, seul M. MARSAUD a employé le vocable de « mesures coercitives » (p. 611). Il n'y a aucune trace des expressions « actes coercitifs », « mesures coercitives » ou « mesures de coercition » dans le rapport du groupe de travail chargé de tirer les enseignements du traitement judiciaire de l'affaire dite « d'Outreau » de février 2005.

⁶⁵⁹ En ce sens, C. JAMIN, La construction de la pensée juridique française : interrogations sur un modèle original à l'aune de son anti-modèle, in L'architecture du droit, Mélanges M. TROPER, Economica, 2006, p. 501 et s., spéc. p. 504.

⁶⁶⁰ Sont ainsi traitées les sources formelles du droit, la loi et la jurisprudence, ce que P. JESTAZ a nommé « les deux pôles interactifs », in Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre, *op. cit.*, p. 310.

touchant à la liberté individuelle »⁶⁶¹, aux « mesures restrictives ou privatives de liberté »⁶⁶², le Conseil constitutionnel a encore évoqué la contrainte dans sa décision relative à la loi sur la sécurité intérieure⁶⁶³, puis la « mesure de contrainte »⁶⁶⁴. C'est surtout la décision rendue en 1993 à propos de la loi organique sur la Cour de justice de la République qui doit retenir l'attention⁶⁶⁵. Le juge constitutionnel a considéré, au sujet de l'article 15 du texte soumis à la censure, que « les pouvoirs d'investigation conférés à la commission, lesquels excluent toute mesure coercitive, ne sont pas de nature à porter atteinte à la liberté individuelle en méconnaissance de l'article 66 de la Constitution »⁶⁶⁶. Même si le Haut conseil n'emploie pas très précisément l'expression d'acte coercitif, celui-ci transparait à la lecture de ses décisions.

102. Les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme le visent également. Là encore, cette juridiction ne semble pas avoir usé du vocable exact d'acte coercitif. Elle recherche, en revanche, dans certaines espèces si le requérant a été placé dans un « cadre » ou un « environnement coercitif »⁶⁶⁷. Elle précise qu'elle n'exclut pas le recours à des « pouvoirs coercitifs » qui existent indépendamment de la volonté du suspect⁶⁶⁸. Elle a en outre employé les termes de contrainte et de coercition à maintes reprises⁶⁶⁹. Enfin, les mesures coercitives font partie du vocabulaire de la Cour⁶⁷⁰.

⁶⁶¹ C.C., 25 fév. 1992, n°92-307 DC, *Loi portant modification de l'ordonnance n°45-2658 du 2 nov. 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, J.O. du 12 mars 1992, p. 3003, cons. 13.

⁶⁶² C.C., 29 août 2002, n°2002-461 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, J.O. du 10 sept. 2002, p. 14953, cons. 66 ; C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, n°2010-80, *M. Michel F. (Mise à la disposition de la justice)*, J.O. du 19 déc. 2010, p. 22374, cons. 5 ; D., 2011, act., p. 17 ; Procédures, 2011, comm. n°73, obs. J. BUISSON ; R.P.D.P., 2011, p. 418, obs. T.-S. RENOUX et X. MAGNON.

⁶⁶³ C.C., 13 mars 2003, n°2003-467 DC, préc., cons. 49.

⁶⁶⁴ C.C., Q.P.C., 30 juill. 2010, n°2010-14/22, préc., cons. 25 ; C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, n°2010-80, préc., cons. 6 ; C.C., Q.P.C., 6 mai 2011, n°2011-125, *M. Abderrahmane L. (Défèrement devant le procureur de la République)*, J.O. du 7 mai 2011, p. 7850, cons. 7 ; Rev. sc. crim., 2011, p. 415, obs. J. DANET.

⁶⁶⁵ C.C., 19 nov. 1993, n°93-327 DC, *Loi organique sur la Cour de justice de la République*, J.O. du 23 nov. 1993, p. 16141. On pouvait penser que dans sa décision du 2 mars 2004, n°2004-492 DC, préc., le Haut conseil emploierait expressément les notions d'acte coercitif ou de mesure de contrainte, dans la mesure où la loi Perben II a créé de nouveaux actes coercitifs. Tel n'a pas été le cas, mais le Conseil a fait référence à ce genre d'actes. Il a affirmé que « si le législateur peut prévoir des mesures d'investigation spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, c'est sous réserve que ces mesures soient conduites dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, et que les restrictions qu'elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité, proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discriminations injustifiées (...) ».

⁶⁶⁶ Cons. 14 de la décision n°93-327 DC. *Adde*, C.C., 9 juin 2011, n°2011-631 DC, préc., cons. 61, citant la directive 2008/115/CE, préc., laquelle vise des « mesures (moins) coercitives ».

⁶⁶⁷ V. CEDH, 6 juin 2000, *Magee / Royaume-Uni*, n°28135/95, §40 ; CEDH, 11 juill. 2000, *Dikme / Turquie*, n°20869/92, §87 ; CEDH, 2 août 2005, *Kolu / Turquie*, n°35811/97, § 54 ; CEDH, 20 juin 2006, *Örs et autres / Turquie*, n°46213/99, §58.

⁶⁶⁸ V. CEDH (Gr. ch.), 17 déc. 1996, *Saunders / Royaume-Uni*, n°19187/91, §69 et 74 ; Rev. sc. crim., 1997, p. 478, obs. R. KOERING-JOULIN.

⁶⁶⁹ V. CEDH (Gr. ch.), 8 fév. 1996, *John Murray / Royaume-Uni*, n°18731/91, §45 à 50 ; J.C.P., 1997, I, 4000, n°18, obs. F. SUDRE ; Rev. sc. crim., 1997, p. 476, obs. R. KOERING-JOULIN ; Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°245, note J. BUISSON ; CEDH (Gr. ch.), 17 déc. 1996, *Saunders / Royaume-Uni*, préc., not. §68 ; CEDH, 25 mai 1998, *Kurt / Turquie*, n°15/1997/799/1002, §158 ; CEDH (Gr. ch.), 11 juill. 2006, *Jalloh / Allemagne*, n°54810/00, §114, 117, 118 ; CEDH (Gr. ch.), 29 juin 2007, *O' Halloran et Francis / Royaume-Uni*, n°15809/02 et 25624/02, §53, 55, 56, 57.

⁶⁷⁰ V. CEDH, 7 déc. 2000, *Zoon / Pays-Bas*, n°29202/95, §28 (placement en détention provisoire et visite domiciliaire) ; CEDH, 29 avril 2003, *Barrillot / France*, n°49533/99, §23 ; CEDH, 4 oct. 2005, *Shannon / Royaume-Uni*, n°6563/03, §32 et 36 ; CEDH, 29 juin 2007, *O' Halloran et Francis / Royaume-Uni*, préc., §59 ; CEDH (Gr. ch.), 15 mars 2012, *Austin et autres / Royaume-Uni*, n°39692/09, 40713/09 et 41008/09, §64 et 68 (« nature coercitive de la mesure »).

Celle-ci s'est référée à « une mesure non coercitive » dans l'affaire *Farbtuhs / Lettonie*⁶⁷¹. En un mot, l'acte coercitif existe dans la jurisprudence européenne.

103. Incontestablement, c'est dans la jurisprudence de la Cour de cassation que le concept d'acte coercitif s'épanouit le mieux. La chambre criminelle, notamment depuis deux arrêts rendus en 1996⁶⁷², ne cesse d'utiliser le vocable⁶⁷³. Avant ces décisions, elle paraît préférer celui de mesure coercitive ou de coercition⁶⁷⁴. Une telle préférence pour la « mesure coercitive » perdure tant l'expression se rencontre fréquemment dans les arrêts de la Cour de cassation⁶⁷⁵. Les attendus évoquent aussi la contrainte⁶⁷⁶ et la mesure de contrainte⁶⁷⁷. Les décisions dans lesquelles l'acte coercitif apparaît concernent, pour l'essentiel, la découverte de faits nouveaux par le juge d'instruction ou par les O.P.J. en exécution d'une commission rogatoire. Elles intéressent parfois d'autres domaines. En conclusion, la notion existe dans la jurisprudence pénale. Quelle en est la conséquence ? L'activité jurisprudentielle peut-elle être source du droit en la matière ?

β) La jurisprudence, source du droit admissible en procédure pénale

104. Savoir si la jurisprudence constitue une source formelle du droit a été très controversé⁶⁷⁸. La question concerne la qualification de la jurisprudence : véritable source du droit ou simple autorité ? « Horrible »⁶⁷⁹, parce qu'au fond insoluble⁶⁸⁰, l'interrogation met en exergue le décalage entre la position officielle qui s'appuie sur les principes proclamés par le Code civil⁶⁸¹ pour dénier tout pouvoir

⁶⁷¹ CEDH, 2 déc. 2004, *Farbtuhs / Lettonie*, n°4672/02, §55.

⁶⁷² Cass. crim., 6 fév. 1996, Bull. crim., n°60, préc. ; Cass. crim., 30 mai 1996, Bull. crim., n°226, préc.

⁶⁷³ V. Cass. crim., 26 mars 1997, Inédit, n°97-80004 ; Cass. crim., 4 juin 1997, Bull. crim., n°221 ; Cass. crim., 18 oct. 2000, Inédit, n°00-81373 ; Cass. crim., 13 déc. 2000, Bull. crim., n°377 ; Cass. crim., 9 juill. 2003, Bull. crim., n°134 ; Cass. crim., 6 oct. 2004, Inédit, n°03-80825 ; Cass. crim., 13 déc. 2006, Inédit, n°06-86968 ; Cass. crim., 20 nov. 2007, Inédit, n°07-86503 ; Cass. crim., 1^{er} fév. 2011, Bull. crim., n°15, préc. ; Cass. crim., 31 oct. 2012, Inédit, n°12-84220, préc.

⁶⁷⁴ V. Cass. crim., 6 oct. 1981, Bull. crim., n°261 ; Cass. crim., 16 janv. 1984, Bull. crim., n°19 ; Cass. crim., 21 oct. 1991, Bull. crim., n°362.

⁶⁷⁵ V. Cass. crim., 13 juin 1996, Bull. crim., n°252 ; Cass. crim., 18 sept. 1997, Bull. crim., n°304 ; Cass. crim., 4 déc. 1997, Bull. crim., n°416 ; Cass. crim., 13 mai 1998, Inédit, n°98-81009 ; Cass. crim., 30 juin 1999, Bull. crim., n°176 ; Cass. crim., 18 oct. 2000, Inédit, n°00-84471 ; Cass. crim., 17 janv. 2001, Inédit, n°00-86761 ; Cass. crim., 28 mars 2001, Bull. crim., n°82 ; Cass. crim., 15 sept. 2004, Inédit, n°04-84012 ; Cass. crim., 31 oct. 2006, Bull. crim., n°263 ; Cass. crim., 8 nov. 2006, Bull. crim., n°280 ; Cass. crim., 22 nov. 2011, Bull. crim., n°234, préc. ; Cass. crim., 23 avril 2013, Inédit, n°13-80639.

⁶⁷⁶ V. Cass. crim., 28 juin 2000, Bull. crim., n°251 ; Cass. crim., 6 fév. 2002, Bull. crim., n°26 ; Cass. crim., 15 sept. 2004, Inédit, préc. ; Cass. crim., 31 mai 2007, Bull. crim., n°146 ; Cass. crim., 11 déc. 2007, Inédit, n°06-87931. La Cour de cassation emploie aussi le terme de coercition.

⁶⁷⁷ V. Cass. crim., 22 oct. 2003, Bull. crim., n°199 ; Cass. crim., 26 mai 2004, Inédit, n°03-83157 ; Cass. crim., 2 fév. 2005, Bull. crim., n°41 ; Cass. crim., 13 juin 2012, Bull. crim., n°147.

⁶⁷⁸ V., par ex., l'échange de points de vue, *in* La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée, R.T.D.civ., 1992, p. 337 à 361. V. aussi, D'autres propos sur la jurisprudence, R.T.D.civ., 1993, p. 87 à 96.

⁶⁷⁹ Selon le mot de P. JESTAZ, *in* La jurisprudence : réflexions sur un malentendu, D., 1987, chron., p. 11 et s., spéc. p. 11.

⁶⁸⁰ Dans ce sens, P. ESMEIN, La jurisprudence et la loi, R.T.D.civ., 1952, p. 17 et s., not. p. 19 ; M. DEGUERGUE, Jurisprudence, Droits, 2001, n°34, p. 95 et s., spéc. p. 98 et 103. KELSEN a d'ailleurs critiqué la théorie des sources formelles : V. M. TROPER, Hans Kelsen et la jurisprudence, Arch. phil. dr., 1985, t. 30, Sirey, p. 83 et s.

⁶⁸¹ Art. 5 (prohibition des arrêts de règlement) et 1351 du C. civ. (autorité relative de chose jugée).

créateur à la jurisprudence et le rôle effectif joué par celle-ci⁶⁸². D'aucuns n'y ont vu qu'une autorité ou, du moins, l'ont rejetée des sources formelles du droit⁶⁸³. Mais, au contraire, pour la plupart des auteurs⁶⁸⁴, elle appartient à cette dernière catégorie⁶⁸⁵. De son côté, le Conseil d'Etat a placé la loi et la jurisprudence sur le même plan⁶⁸⁶. La Cour de cassation a, elle, déjà reconnu que ses décisions font partie du droit positif. Ses arrêts fluctuants témoignent néanmoins de ses réticences à avouer son

⁶⁸² V. N. MOLFESSIS, Les revirements de jurisprudence, *in* La Cour de cassation et l'élaboration du droit, *Economica*, 2004, *Etudes juridiques*, n°20, N. MOLFESSIS (dir.), p. 135 et s., not. n°31 et 32, p. 152 et 153 ; V. aussi, Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, Groupe de travail présidé par Nicolas MOLFESSIS, Litec, 2005, Rapport général (1^{ère} partie), n°2.1.2., p. 10, spéc. p. 13 ; P. JESTAZ, C. JAMIN, *Doctrines et jurisprudence : cent ans après*, R.T.D.civ., 2002, p. 1 et s., spéc. p. 4. *Adde*, G. VEDEL, *Droit administratif*, *Thémis*, 1973, 5^{ème} éd., p. 288.

⁶⁸³ F. GENY, *Méthode d'interprétation (...)*, t. II, *op. cit.*, n°146 et s., p. 33 et s., not. p. 35 ; J. BONNECASE, *Introduction (...)*, *op. cit.*, n°113 et 114, p. 152 ; G. RIPERT, *Les forces (...)*, *op. cit.*, n°159 et s., p. 381 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. I, *op. cit.*, n°144, p. 273 et 274 : « La jurisprudence est une autorité en droit civil ». Sur le débat, L. CADIET, *L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence ?*, *in* La Cour de cassation et l'élaboration du droit, N. MOLFESSIS (dir.), *op. cit.*, p. 41 et s., spéc. p. 43 et 48 ; V. HEUZE, *A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité*, J.C.P., 2005, I, 130, spéc. n°8. *Adde*, C. ATIAS, *D'une vaine discussion sur une image inconsistante : la jurisprudence en droit privé*, R.T.D.civ., 2007, p. 23 et s., spéc. n°19, p. 31.

⁶⁸⁴ *Contra*, J. LEMONTEY, *De la doctrine à la loi par la jurisprudence*, *Mélanges J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 481 et s.

⁶⁸⁵ V. P. ROUBIER, *Théorie générale (...)*, *op. cit.*, n°2, p. 8 et 9 ; J. MAURY, *Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit*, *Etudes en l'honneur de G. RIPERT*, L.G.D.J., 1950, t. I, p. 28 et s., spéc. p. 30 ; M. WALINE, *Le pouvoir normatif de la jurisprudence*, *in* La technique et les principes du droit public, *Etudes en l'honneur de G. SCHELLE*, L.G.D.J., 1950, t. II, p. 613 et s. ; O. DUPEYROUX, *La jurisprudence, source abusive de droit*, *Mélanges J. MAURY*, Dalloz-Sirey, 1960, t. II, p. 349 et s., not. p. 354, 356 et 357 ; O. DUPEYROUX, *La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit*, *Mélanges G. MARTY*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 463 et s., spéc. note n°16, p. 468 et p. 474, citant MARTY et RAYNAUD ; P. ESMEIN, *op. cit.*, p. 20 ; J. BOULANGER, *Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile*, R.T.D.civ., 1961, p. 417 et s., spéc. n°14, p. 424 ; R. SAVATIER, *Observations sur les modes contemporains de formation du droit positif*, *Mélanges J. DABIN*, Bruylant-Sirey, 1963, p. 293 et s., not. p. 303 et 315 ; P. MALAURIE, *La jurisprudence combattue par la loi*, *Mélanges R. SAVATIER*, Dalloz, 1965, p. 603 et s., spéc. p. 620 ; P. MALAURIE, *Rapport français sur le droit civil et rural*, *in* Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges, *Travaux de l'association H. CAPITANT*, 1980, t. XXXI, *Economica*, 1982, p. 81 et s., not. p. 89 et 92 ; P. MALAURIE, *La jurisprudence parmi les sources du droit*, *Defrénois*, 2006, n°6, *doctr.*, 38352, p. 476 et s., spéc. p. 479 ; P. HEBRAUD, *Le juge et la jurisprudence*, *Mélanges P. COUZINET*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329 et s., spéc. p. 338 ; P. JESTAZ, *La jurisprudence, réflexions (...)*, *op. cit.*, p. 14 ; P. JESTAZ, *La jurisprudence, ombre portée du contentieux*, D., 1989, *chron.*, p. 149 et s., spéc. p. 153 ; B. OPPETIT, *Le rôle créateur de la Cour de cassation*, *in* Bicentenaire de la Cour de cassation, *La Documentation française*, 1991, p. 159 et s., spéc. p. 163 et 165 ; F. ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz, *Méthodes du droit*, 1991, p. 131 et s. ; J. HERON, *L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle*, R.R.J., 1993, p. 1083 et s., spéc. n°1 et 2, p. 1083 et 1084 ; J. GHESTIN, G. GOUBEALUX, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n°465 ; M. GOBERT, *La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée*, R.T.D.civ., 1992, p. 344 et s. ; M. GOBERT, *Le temps de penser de la doctrine*, *Droits*, 1994, n°20, p. 97 et s., n°10, p. 102 ; P. DRAI, Y. CHARTIER, D. TRICOT, *La Cour de cassation face à la doctrine*, *Droits*, 1994, n°20, p. 107 et s. (plus réservés) ; J. VANDERLINDEN, *Contribution en forme de mascarade à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse*, R.T.D.civ., 1995, p. 69 et s., spéc. p. 80 à 83 ; P. MORVAN, *En droit, la jurisprudence est une source du droit*, R.R.J., 2001, p. 77 et s., not. n°16, p. 86 et n°50, p. 102 ; D. DE BECHILLON, *Le gouvernement des juges : une question à dissoudre*, D., 2002, *chron.*, p. 973 et s., spéc. p. 975 ; T. BONNEAU, *Variations sur la jurisprudence, « source du droit triomphante mais menacée »*, *Mélanges M. GOBERT*, *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, *Economica*, 2004, p. 127 et s., spéc. n°5, p. 130 ; J.-L. AUBERT, *Faut-il « moduler » dans le temps les revirements de jurisprudence ? ... J'en doute ?*, *in* A propos de la rétroactivité de la jurisprudence, R.T.D.civ., 2005, p. 300 et s., spéc. n°4, p. 302 ; T. REVET, *La législation*, *Mélanges P. MALAURIE, Liber amicorum*, Defrénois, 2005, p. 377 et s., spéc. n°1 à 3, p. 377 à 379 et n°9, p. 383 ; G. CANIVET, *La Cour de cassation et la doctrine. Effets d'optique*, *Mélanges J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 374 et s. ; G. CANIVET, N. MOLFESSIS, *La politique jurisprudentielle*, *in* La création du droit jurisprudentiel, *Mélanges J. BORE*, Dalloz, 2007, p. 79 et s., spéc. n°9, p. 84 et n°11, p. 85 ; P. DEUMIER, *Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation*, *in* La création du droit par le juge, *Arch. phil. dr.*, 2006, t. 50, Dalloz, 2007, p. 49 et s., not. n°4, p. 54 et n°27, p. 75 et 76 ; O. TOURNAFOND, « Les deux métamorphoses (...), *op. cit.*, n°36, p. 645 ; N. MOLFESSIS, *Les revirements de jurisprudence*, *in* La Cour de cassation et l'élaboration du droit, *op. cit.*, n°32, 33 et 35 p. 153 à 155 ; P. DEUMIER, *La mutation des sources du droit privé et l'introduction à l'étude du droit*, *in* La mutation des sources en droit privé, R.D.A., n°5, 2012, p. 31 et s., spéc. p. 35 et 36.

⁶⁸⁶ V. CE, Ass., 6 fév. 1998, *M. Tête, Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*, J.C.P., 1998, II, 10109, note P. CASSIA ; A.J.D.A., 1998, *jurisp.*, p. 458 et p. 403, *chron.* F. RAYNAUD et P. ROMBEUR.

pouvoir créateur de droit⁶⁸⁷. Bien que différente de la jurisprudence interne, vu que les décisions de la Cour de Strasbourg doivent s'imposer aux Etats parties à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme⁶⁸⁸, la jurisprudence européenne est depuis longtemps qualifiée de source du droit par ladite Cour⁶⁸⁹. Après tout, il ne paraît pas déraisonnable de conclure qu'en droit, la jurisprudence constitue bien une source du droit⁶⁹⁰.

105. En dépit du principe de légalité gouvernant la procédure pénale, cette matière n'échappe pas à une telle conclusion. Sans doute PORTALIS avait-il précisé qu'« en matière pénale, il faut des lois précises et point de jurisprudence »⁶⁹¹. En théorie, le juge pénal ne fait d'ailleurs qu'appliquer la loi, puisqu'il doit procéder à son interprétation stricte ou déclarative⁶⁹². Mais en réalité, celui-ci jouit d'un pouvoir normatif indéniable⁶⁹³. La chambre criminelle a beau masquer l'existence de son pouvoir créateur⁶⁹⁴, elle ne s'est pas privée d'en user chaque fois qu'elle a voulu s'affranchir de la stricte légalité. La procédure pénale renferme de nombreux exemples de ces créations prétorienne. Celles-ci se sont multipliées grâce aux « principes généraux »⁶⁹⁵, ou plus précisément aux « principes généraux de la procédure pénale », que la Cour de cassation a découvert à partir de dispositions fragmentaires, voire qu'elle a élaboré *ex nihilo*⁶⁹⁶. Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, elle a dégagé le respect des droits de la défense⁶⁹⁷. Cela lui a permis de bâtir la catégorie des nullités substantielles⁶⁹⁸. A l'aune de ce principe, elle a aussi estimé qu'un individu ne peut être jugé, ni mis en accusation, s'il

⁶⁸⁷ V. Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 1997, Bull. civ., I, n°328 ; R.T.D.civ., 1998, p. 210, obs. N. MOLFESSIS ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 2001, Bull. civ., I, n°249 ; Cass. crim., 30 janv. 2002, Bull. crim., n°16 ; Cass. Ass. plén., 24 janv. 2003, Bull. Ass. plén., n°2 et 3 ; Cass. crim., 5 mai 2004, Inédit, n°03-82801. La Cour de cassation se réfère aussi à des arrêts rendus par la CEDH et la CJUE. Elle semble donc voir dans la jurisprudence européenne une source de droit : V. Cass. civ. 1^{ère}, 10 janv. 1984, Bull. civ., I, n°8 ; V. surtout, Cass. soc., 13 juin 2007, R.T.D.civ., 2007, p. 536, obs. P. DEUMIER.

⁶⁸⁸ Art. 46 de la Convention.

⁶⁸⁹ CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times / Royaume-Uni*, n°6538/74, §47 ; CEDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon / Royaume-Uni*, n°7525/76, §44 ; CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin / France et Huvig / France*, n°11801/85, §29 et n°11105/84, §28 ; CEDH, 15 nov. 1996, *Cantoni / France*, n°45/1995/551/637, §29 ; Dr. pénal, 1997, comm. n°11, note J.-H. ROBERT.

⁶⁹⁰ P. MORVAN, En droit, la jurisprudence (...), *op. cit.*, p. 77 et s., not. n°17, p. 86.

⁶⁹¹ PORTALIS, in *Le discours et le Code. Deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. XXVII.

⁶⁹² L'analyse de l'interprétation stricte comme une « interprétation déclarative » est de Faustin HELIE : V. D. REBUT, Les revirements de jurisprudence en matière pénale, in *Les revirements de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 95 et s., p. 96 et la note n°8.

⁶⁹³ En ce sens, M. PUECH, La jurisprudence pénale, Arch. phil. dr., 1985, t. 30, p. 141 et s., spéc. p. 142 et 149 ; D. REBUT, *op. et loc. cit.* ; V. MALABAT, Les sources du droit pénal : la loi, toute la loi, rien que la loi... Ou presque, in *La mutation des sources en droit privé*, R.D.A., n°5, 2012, p. 83 et s., not. p. 87.

⁶⁹⁴ Cass. crim., 30 janv. 2002, préc. ; Cass. crim., 5 mai 2004, préc. Le professeur REBUT, *op. cit.*, p. 100 et 104, dénonce les conséquences de ces solutions.

⁶⁹⁵ Cette tendance ne concerne pas seulement la matière pénale : V. B. OPPETIT, Le rôle créateur (...), *op. cit.*, p. 165.

⁶⁹⁶ V. P. CONTE, L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur, J.C.P., 1988, I, 3343, spéc. n°12, dénonçant « (...) le soudain engouement de la chambre criminelle pour les "principes généraux du droit pénal" (ou de la procédure pénale) dont elle s'érige la gardienne en même temps qu'elle en est l'inventrice – ce qui est, on en conviendra, d'une commodité sans égale, lorsqu'il s'agit de méconnaître les textes les plus clairs – ».

⁶⁹⁷ V. J. LEAUTE, Les principes généraux relatifs aux droits de la défense, Rev. sc. crim., 1953, p. 47 et s.

⁶⁹⁸ V. Cass. crim., 12 fév. 1835, S., 1835, I, 459 ; Cass. crim., 12 juin 1952, J.C.P., 1952, II, 7241, note J. BROUCHOT ; P. CHAMBON, Les nullités substantielles ont-elles leur place dans l'instruction préparatoire ?, J.C.P., 1954, I, 1170.

n'a pas été entendu par une juridiction d'instruction⁶⁹⁹. Créées *praeter legem*, ces principes demeurent acceptables⁷⁰⁰.

106. Seulement, la chambre criminelle a parfois adopté une attitude des plus contestables. Elle s'est servie d'un principe général pour occulter l'ellipse qu'elle a opérée lors de la citation d'un texte du Code de procédure pénale⁷⁰¹. Elle a encore eu recours à des principes *contra legem* afin de justifier certaines solutions. Tel a été le cas lorsqu'elle a admis l'appel contre certaines ordonnances du magistrat instructeur en contradiction avec la lettre du Code de procédure pénale⁷⁰², ou lorsqu'elle a autorisé le pourvoi en cassation en matière d'extradition au mépris de l'article 16 de la loi du 10 mars 1927⁷⁰³. La chambre criminelle a également construit la théorie de la peine justifiée à partir de l'article 598 du C.P.P.⁷⁰⁴. Celle-ci s'explique par des motifs de pure opportunité (limitation des pourvois, accélération de la procédure). Portant atteinte aux droits de la défense, elle demeure *contra legem*⁷⁰⁵. Nul doute que la jurisprudence possède alors un pouvoir créateur en procédure pénale. Elle mérite donc la qualification de source du droit⁷⁰⁶. Parce que la matière est dominée par le principe de légalité criminelle, cette réalité apparaît davantage gênante que dans d'autres branches du droit⁷⁰⁷, voire

⁶⁹⁹ V. Cass. crim., 12 oct. 1972, D., 1973, jurisp., p. 170, note J. PRADEL. V. P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n°13.

⁷⁰⁰ Dans le même sens : M. PUECH, *op. cit.*, p. 144 et 145, pour qui ces principes généraux comblent des lacunes de la procédure pénale. Sans eux, « la justice pénale ne serait pas justice, elle serait oppression ».

⁷⁰¹ V. Cass. crim., 9 oct. 1980, D., 1981, jurisp., p. 332, note J. PRADEL ; J.C.P., 1981, II, 19578, note G. DI MARINO ; Rev. sc. crim., 1981, p. 879, obs. G. LEVASSEUR. L'affaire *Tournet* concerne la mise sur écoutes téléphoniques. L'arrêt omet sciemment l'expression « conformément à la loi », pourtant essentielle ici dans la mesure où les écoutes téléphoniques ne sont pas prévues par le législateur en 1980. Bref, toute la question est de savoir si les écoutes sont conformes à la loi, ce qui a été balayé d'un trait par la Cour de cassation. V. Cass. crim., 23 juill. 1985, Bull. crim., n°275 ; D., 1986, jurisp., p. 61, note P. CHAMBON ; D., 1986, I.R., p. 120, obs. J. PRADEL. Dans l'affaire *Kruslin*, également relative aux tables d'écoutes, la Cour de cassation ne cite plus (de manière erronée) l'article 81 du C.P.P., mais se fonde sur ce texte et sur l'article 151, ainsi que sur les principes généraux de la procédure pénale pour justifier la validité de cet acte. Ses efforts n'ont pas empêché la condamnation de la France (CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin* et *Huwig / France*, préc.). V. aussi, P. CONTE, *op. cit.*, n°12 et la note n°17.

⁷⁰² V. Cass. crim., 10 janv. 1980, Bull. crim., n°18, à propos d'une ordonnance prise sur le fondement de l'article L 480-2 du Code de l'urbanisme prescrivant l'interruption des travaux entrepris par la personne poursuivie sans permis de construire ; Cass. crim., 24 fév. 1981 (2 arrêts), J.C.P., 1981, II, 19689, note W. JEANDIDIER, pour une ordonnance faisant obligation à l'entreprise de prendre toutes mesures pour rétablir des conditions normales d'hygiène et de sécurité du travail. *Adde*, Cass. crim., 6 juill. 1993, D., 1993, jurisp., p. 429, note S. KEHRIG, qui étend le droit d'appel du parquet à toutes les décisions rendues en matière de détention provisoire (solution regardée comme *contra legem*, du moins *praeter legem*).

⁷⁰³ V. Cass. crim., 17 mai 1984, *Doré*, D., 1984, jurisp., p. 536, note W. JEANDIDIER ; Gaz. pal., 1984, jurisp., p. 779, rapp. CRUVELLIE ; Rev. sc. crim., 1984, p. 804, obs. C. LOMBOIS ; J.C.P., 1985, II, 20332, note J. BORRICAND ; *Adde*, Y. RODRIGUEZ, La Cour de cassation et le contrôle de l'avis des chambres d'accusation en matière d'extradition, D., 1984, chron., p. 223 et s. ; Cass. crim., 2 oct. 1987, Bull. crim., n°329. La solution a été consacrée par l'art. 696-15, al. 5 du C.P.P., issu de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 ayant abrogé la loi du 10 mars 1927.

⁷⁰⁴ V. par ex., Cass. crim., 30 janv. 1979, Bull. crim., n°44 ; Cass. crim., 9 mars 1983, Bull. crim., n°76.

⁷⁰⁵ C'est pourquoi la doctrine se montre, avec raison, critique à l'égard de la peine justifiée : V. P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n°641.

⁷⁰⁶ La jurisprudence serait même « devenue l'égal de la loi parmi les sources du droit » avec l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité, puisqu'il a été admis que l'interprétation jurisprudentielle peut faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité : V. MALABAT, *op. cit.*, p. 87.

⁷⁰⁷ Certains civilistes constatent ou dénoncent la liberté que prend parfois le juge par rapport à la loi : V. J.-L. BERGEL, « La loi du juge ». Dialogue ou duel ?, Etudes P. KAYSER, t. I, P.U.A.M., 1979, p. 21 et s., spéc. p. 35 et 41 ; P. MORVAN, *op. cit.*, n°30 et s., p. 92 et s. ; O. TOURNAFOND, *op. cit.*, n°37, p. 646 ; T. REVET, *op. cit.*, spéc. n°17 et 18 ; V. HEUZE, *op. cit.*, n°20 et 21. *Adde*, D. DE BECHILLON, Comment traiter le pouvoir normatif du juge ?, Mélanges P. JESTAZ, Dalloz, 2006, p. 29 et s., spéc. p. 33.

choquante lorsque les juges tournent de façon délibérée les dispositions légales⁷⁰⁸. On mesure mieux l'intérêt de l'existence de l'acte coercitif dans les normes jurisprudentielles⁷⁰⁹. Cet acte a, de surcroît, fait l'objet d'une reconnaissance par la loi.

b) La reconnaissance légale de la notion

107. La notion d'acte coercitif existe dans la loi. Elle se trouve comprise sous l'appellation de mesure de contrainte⁷¹⁰. Récemment, le législateur a de nouveau adopté cette terminologie. Une telle consécration de la notion mérite d'être constatée (α). Puis, il conviendra de rappeler qu'en procédure pénale, la loi est une source du droit incontestable (β).

α) La constatation

108. La loi du 15 juin 2000 a inséré un article préliminaire dans le Code de procédure pénale⁷¹¹. Celui-ci énonce les principes directeurs applicables à la matière. Il se divise en trois paragraphes. Le premier rappelle les caractères généraux de la procédure pénale, gages de sa qualité, tandis que le deuxième a trait aux droits des victimes. C'est le troisième paragraphe qui intéresse notre recherche. Il consacre d'abord la présomption d'innocence dans le Code de procédure pénale et énonce que la personne suspectée ou poursuivie a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur. Son troisième alinéa dispose que « les mesures de contraintes dont cette personne peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne »⁷¹².

⁷⁰⁸ V. D. MAYER, Principes constitutionnels et principes généraux applicables en droit pénal français, *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 53 et s., spéc. p. 58 ; P. CONTE, *op. et loc. cit.*, reproduisant la savoureuse remarque du professeur LARGUIER : « Il nous revient alors en mémoire la phrase du Maître qui nous a enseigné que bien des difficultés juridiques irritantes seraient réglées de façon radicale, si l'on se décidait, une fois pour toutes, à ramener le Code civil (et les autres) à plus de simplicité – et de bon sens –, grâce à un unique article, ainsi rédigé : “le juge fait ce qu'il veut”... ».

⁷⁰⁹ L'acte coercitif fait ainsi partie du droit positif. V. H. BATIFFOL, *Sur la positivité (...)*, *op. cit.*, p. 12.

⁷¹⁰ L'article 110 du C.P.P., qui emploie l'expression « mesure de contrainte », constitue à l'origine l'article 109 de ce Code. Sur ce point, A. BESSON (rapport), *Le projet de réforme de la procédure pénale. Projet de Code de procédure pénale*, Dalloz, Paris, 1956, p. 63. V. aussi, art. 706-44 du C.P.P.

⁷¹¹ Sur ce texte : E. PUTMAN, L'article préliminaire du Code de procédure pénale a-t-il une portée normative ?, *Annales de la Faculté de droit d'Avignon*, 2000, p. 43 et s. ; P. TRUCHE, Introduction à l'article préliminaire du Code de procédure pénale, *Arch. pol. crim.*, 2001, n°23, p. 9 et s. ; H. HENRION, L'article préliminaire du Code de procédure pénale : vers une « théorie législative » du procès pénal ?, *Arch. pol. crim.*, 2001, n°23, p. 13 et s. ; A. GIUDICELLI, Principes directeurs de la procédure pénale, *Rev. sc. crim.*, 2004, *chron.*, p. 131 et s. ; G. ROYER, Les préliminaires en droit criminel, *Arch. pol. crim.*, 2005, n°27, p. 59 et s. ; D.-N. COMMARET, L'article préliminaire du Code de procédure pénale, simple rappel des principes directeurs du procès pénal, disposition créatrice de droit ou moyen de contrôle de la légalité de la loi ?, *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 71 et s.

⁷¹² Pour une appréciation négative de ce texte : F. CASORLA, Les principes directeurs du procès pénal, principes généraux du droit ? Essai de clarification, *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 53 et s., spéc. p. 64, notant, de façon contestable, que « les principes aussi vagues que redoutables de procès équitable, (...) de nécessité et de proportionnalité des contraintes, n'ont pas tardé à faire implorer l'ensemble de notre procédure pénale (...) ».

109. Dans sa lettre même, la loi n'utilise pas le vocable d' « acte coercitif ». Le législateur aurait pu employer ces termes au lieu d'utiliser ceux de « mesure de contrainte ». Proches, les deux expressions ne sont pas complètement synonymes. Celle de mesure de contrainte correspond à un concept plus large. Elle comprend les actes qui usent de la contrainte psychologique, ceux pour lesquels une peine d'amende est encourue si l'individu n'exécute pas une obligation qui lui incombe. Plus étroite, celle d'acte coercitif renferme les seuls actes permettant aux autorités publiques de procéder à une exécution d'office, en d'autres termes de faire fi de l'assentiment de l'intéressé. Sans doute le législateur a-t-il souhaité consacrer, en bonne logique, la terminologie adaptée au plus grand nombre d'actes en procédure pénale. De plus, le vocable « mesure de contrainte » se trouve déjà dans les articles 110 et 706-44 du C.P.P. avant l'adoption de la loi du 15 juin 2000. Le législateur a dû préférer le reprendre dans un souci de cohérence. Il reste que ces concepts ne sont pas fondamentalement distincts. L'un des deux présente un domaine plus étendu, il englobe l'autre. Cette différence de terminologie ne saurait empêcher l'application des principes de l'article préliminaire aux actes coercitifs, constitutifs des principales mesures de contrainte. Si ce texte exige la nécessité et la proportionnalité des « mesures de contrainte », la commission Justice pénale et droits de l'homme voulait d'ailleurs inscrire la proportionnalité des « mesures coercitives » dans le Code de procédure pénale⁷¹³. Bref, l'acte coercitif existe bel et bien dans les normes légales.

β) La loi, source du droit incontestable en procédure pénale

110. Aux termes de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, « la loi fixe les règles concernant : (...) la procédure pénale »⁷¹⁴. Ainsi la loi, au sens formel du terme⁷¹⁵, apparaît-elle comme la source sinon exclusive, du moins privilégiée de la matière⁷¹⁶. L'inscription de la notion d'acte coercitif dans l'article préliminaire du C.P.P. dévoile son intérêt. Cet article a valeur législative et possède un effet normatif certain⁷¹⁷. Certes, la légalité procédurale a tendance à s'effriter d'un point de

⁷¹³ L'influence des travaux de cette commission sur la genèse de l'article préliminaire n'est plus à démontrer : V. not., F. CASORLA, *op. cit.*, p. 62 ; E. VERGES, L'effet normatif de l'article préliminaire du Code de procédure pénale, *in* Sciences pénales et sciences criminologiques, Mélanges R. GASSIN, P.U.A.M., 2007, p. 327 et s.

⁷¹⁴ Avant 1958, la procédure pénale est dominée par la notion standard de bonne administration de la justice. La légalité procédurale demeure absente car, ce qui commande la matière, est le souci d'efficacité. L'interprétation des textes de procédure pénale est large, elle part de l'idée que l'intérêt du prévenu ne saurait être entamé par l'amélioration du fonctionnement de la justice. V. R. GASSIN, Le principe de la légalité et la procédure pénale, R.P.D.P., 2001, p. 300 et s. ; M. HERZOG-EVANS, Le principe de légalité (...), *op. cit.*, p. 10.

⁷¹⁵ Selon un auteur, le terme de loi ne peut être conservé que dans ce sens, comme norme juridique émanant du législateur. Autrement, ce concept est « néfaste », ayant fait l'objet de nombreuses « vicissitudes » : P. AMSELEK, Norme et loi, *op. cit.*, p. 102 et s., et not. p. 107.

⁷¹⁶ G. LEVASSEUR, Réflexions sur la compétence. Un aspect négligé du principe de légalité, Recueil d'études en hommage à L. HUGUENEY, Problèmes contemporains de procédure pénale, Sirey, 1964, p. 13 et s. ; A. VITU, Le principe de légalité et la procédure pénale, *op. cit.*, p. 94 et s., où il est précisé que la légalité procédurale, reposant sur le principe de séparation des pouvoirs, se justifie par la volonté d'éviter l'arbitraire de la répression afin d'assurer la sécurité des citoyens.

⁷¹⁷ V. not., D. MAYER, Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ?, D., 2001, chron., p. 1643 et s. ; A. GIUDICELLI, Principes directeurs du procès pénal, Rev. sc. crim., 2003, p. 122 et s., spéc. p. 124 et 125 ; L. CADIET, Et les principes directeurs (...), *op. cit.*, n°34 et s., p. 102 et s., spéc. n°36, p. 105 et 106 ; C. LAZERGES, De l'écriture à l'usage de l'article

vue formel⁷¹⁸. La procédure pénale n'échappe pas au processus de constitutionnalisation qui a gagné l'ensemble des branches du droit⁷¹⁹, démultiplié depuis l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité. Le recul de la loi s'explique aussi par l'adoption de divers traités internationaux d'applicabilité directe ayant une valeur supérieure à celle-ci en vertu de l'article 55 de la Constitution⁷²⁰. Certains textes concurrencent également la loi, telles les ordonnances de l'article 38 de la Constitution, les décisions présidentielles de l'article 16 ou les ordonnances présidentielles prises en application d'une loi de référendum (article 11)⁷²¹. Le règlement administratif constitue, de surcroît, une source non négligeable de la matière⁷²².

111. Le déclin de la légalité procédurale procède encore du rôle joué par le juge pénal. La Cour de cassation a suppléé les carences du législateur à de nombreuses reprises⁷²³. En théorie, la loi énumère les titres de contrainte dont peuvent user les O.P.J. et les magistrats⁷²⁴. Or, ceux-ci n'ont pas hésité à accomplir des actes coercitifs sans texte. En admettant la plupart du temps cette méthode et en validant leurs procédures⁷²⁵, la chambre criminelle a usé de son pouvoir créateur. Elle a fourni des titres de contrainte adaptés aux nécessités de la répression que les acteurs du procès s'étaient octroyés *proprio motu*⁷²⁶. Aujourd'hui, la loi mentionne de façon quasi exclusive de tels titres⁷²⁷. Les articles 62-2, 77 et 154 du C.P.P. prévoient la faculté de placer des suspects en garde à vue selon le cadre de la procédure. Depuis la loi du 10 juillet 1991, les articles 100 et suivants de ce code autorisent le juge d'instruction à procéder à des écoutes téléphoniques. L'article 131 lui offre la possibilité de décerner un mandat

préliminaire du Code de procédure pénale, in *Le champ pénal*, Mélanges R. OTTENHOF, Dalloz, 2006, p. 71 et s., not. p. 82 à 86 ; E. VERGES, *op. cit.*, p. 337 et s.

⁷¹⁸ En ce sens aussi, R. GASSIN, *op. cit.*, p. 304 et s., même si l'auteur conclut que, dans l'ensemble, la légalité formelle est à peu près bien respectée en procédure pénale.

⁷¹⁹ V. N. MOLFESSIS, L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel, *Pouvoirs*, 2003, n°105, p. 89 et s. Selon l'auteur, le système juridique n'est pas adapté à cette influence croissante et cette irrigation demeure imparfaite. Cela a changé depuis l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité.

⁷²⁰ Notamment la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou le Pacte de New York de 1966. L'article 5 de la Convention pose le principe de légalité pour des actes coercitifs accomplis en procédure pénale, tels la détention avant jugement et diverses arrestations.

⁷²¹ Sur la valeur juridique de chacune de ces décisions : R. GASSIN, *op. cit.*, p. 307 à 311.

⁷²² V. R. GASSIN, La règle de procédure pénale au sens de l'article 34 de la Constitution, in *Les droits et le Droit*, Mélanges B. BOULOC, Dalloz, 2007, p. 363 et s., spéc. n°20, p. 374 ; M. HERZOG-EVANS, *op. cit.*, p. 5.

⁷²³ V. à cet égard, M. HERZOG-EVANS, *op. cit.*, p. 9.

⁷²⁴ Sur la notion de titre de contrainte : J. BUISSON, L'acte de police, *op. cit.*, p. 575 et s. ; A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *op. cit.*, n°576, p. 318, signalant que « l'exercice de la contrainte suppose un texte ».

⁷²⁵ V. cependant *contra*, Cass. crim., 5 janv. 1973, *Friedel*, D., 1973, p. 541, note G. ROUJOU DE BOUBÉE. Dans cet arrêt, la Cour de cassation refuse la rétention d'un individu n'ayant commis aucune infraction ou n'étant pas soupçonné d'en avoir commis une. Elle rejette le fondement retenu par les juges du fond, à savoir les usages policiers. L'entorse au principe de légalité était telle que le législateur est intervenu par la loi du 2 février 1981, *Sécurité et liberté*.

⁷²⁶ V. M. HERZOG-EVANS, *op. cit.*, p. 8 à 10. Outre l'enquête officieuse admise sous le C.I.C., les enquêteurs ont utilisé la garde à vue dans ce cadre alors qu'elle n'était pas prévue par un texte (hormis l'ancien décret de 1903 applicable à la seule gendarmerie, abrogé en 2009). Il en a été de même des fouilles à corps ou bien des écoutes téléphoniques ordonnées par le juge d'instruction. Selon cet auteur, « la jurisprudence répressive est bel et bien créatrice de droit, y compris *in pejus* ».

⁷²⁷ En particulier dans le Code de procédure pénale. Les fouilles corporelles sont assimilées à des perquisitions en jurisprudence : Cass. crim., 22 janv. 1953, *Isnard*, D., 1953, p. 533, note LAPP ; J.C.P., 1953, II, 7456, rapp. J. BROUCHOT. *Adde*, Cass. crim., 21 juill. 1982, Bull. crim., n°196.

d'arrêt à l'encontre d'un individu, etc⁷²⁸. L'attribution de la coercition doit être conforme à plusieurs principes dont le Conseil constitutionnel contrôle le respect⁷²⁹. Rempart contre l'arbitraire du pouvoir, le titre de contrainte a pour fonction de justifier l'adoption d'un acte coercitif⁷³⁰. La légalité permet de recourir à ces actes propres à la procédure pénale. Ils marquent la spécificité de la matière en la distinguant des autres, notamment la procédure civile⁷³¹. En fin de compte, l'existence de l'acte coercitif dans les normes juridiques est avérée. Elle fonde justement sa conformité à la vérité juridique.

B – La correspondance de l'acte coercitif à la vérité juridique

112. En ce qu'il appartient à la réalité juridique, l'acte coercitif permet d'appréhender la vérité, tout au moins de l'approcher⁷³². Selon certains, le lien entre réalité et vérité n'est plus à démontrer⁷³³. La vérité juridique constitue ainsi un fondement de la recherche en droit⁷³⁴. Elle évite le piège des pures constructions intellectuelles. C'est dire que l'acte coercitif apparaît comme le remède au risque d'une abstraction excessive (1°). Il demeure en outre le reflet d'une réalité matérielle (2°).

1°- Le remède au risque d'une abstraction excessive

113. Contrairement à certains concepts exclus du droit positif, tels l'accusatoire et l'inquisitoire⁷³⁵, celui d'acte coercitif figure dans les sources formelles du droit. Il est ancré dans la réalité juridique, dans la mesure où celle-ci comprend toutes les notions du droit. Elle implique l'adéquation des notions intellectuelles à la règle de droit⁷³⁶. Certes, il existe assurément un « aspect intuitif »⁷³⁷ dans l'emploi des notions. Mais « l'inadéquation d'un concept à la réalité juridique est tout de même le signe d'un

⁷²⁸ V. P. COUV RAT, Le nom de la loi. Une balade dans le jardin des lois pénales, in Apprendre à douter. Questions de droit, Questions sur le droit, Etudes offertes à C. LOMBOIS, Publications de la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges, 2004, p. 513 et s., spéc. p. 513.

⁷²⁹ Il s'attache, en particulier, à ce que « ce texte (renfermant le titre de coercition) ne porte pas atteinte aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle (...) en raison de l'étendue des pouvoirs (conférés aux policiers), du caractère très général des cas (d'exercice de la contrainte) et de l'imprécision de la portée des contrôles auxquels ils seraient susceptibles de donner lieu » : C.C., 12 janv. 1977, n°76-75 DC, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, J.O. du 13 janv. 1977, p. 344, cons. 5.

⁷³⁰ V. A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *op. cit.*, n°576, p. 319.

⁷³¹ Dans le même sens : E. VERGES, Procès civil, procès pénal (...), *op. cit.*, p. 1447.

⁷³² V. C. AMBROISE-CASTEROT, De l'accusatoire et de l'inquisitoire (...), *op. cit.*, n°224, p. 146 : « Si le juriste s'appuie sur la réalité du droit, c'est dans le but unique d'approcher la vérité. Même si cette dernière est toujours quelque peu empreinte de subjectivisme, il faudra tendre vers celle-ci ».

⁷³³ V. P. CONTE, L'apparence (...), *op. cit.*, n°563, p. 706 : « (...) la réalité est conçue comme critère de vérité » ; C. AMBROISE-CASTEROT, *op. et loc. cit.*

⁷³⁴ C. AMBROISE-CASTEROT, *op. et loc. cit.*

⁷³⁵ C. AMBROISE-CASTEROT, *op. cit.*, n°221, p. 144.

⁷³⁶ V. C. AMBROISE-CASTEROT, *op. cit.*, n°217, p. 143.

⁷³⁷ Y. GAUDEMET, Les méthodes du juge administratif, *op. cit.*, p. 38. Pour GENY, l'intuition constitue un remède relatif contre les dangers de l'abstraction : F. GENY, Science et technique (...), t. I, *op. cit.*, n°45, p. 133, n°47, p. 137 et 138, n°48, p. 143.

défaut de méthode, et il paraît peu raisonnable de nier l'évidence »⁷³⁸. De plus, elle empêche de parvenir à la vérité juridique⁷³⁹.

114. Ce danger est écarté avec l'acte coercitif. Il n'est pas une simple création de la doctrine au service de la connaissance et de l'analyse systématiques du droit. Il constitue en quelque sorte un remède, une garantie, contre la trop grande abstraction. Après avoir expliqué en quoi consistent l'abstraction et son corollaire, la généralisation⁷⁴⁰, les auteurs ont dénoncé ses dangers. Utilisé de façon excessive, le procédé aboutit à méconnaître la réalité⁷⁴¹. Or, la vérité juridique ne saurait être sacrifiée au profit de constructions séduisantes mais erronées⁷⁴². Une distinction s'impose alors entre les notions qui existent en droit positif et celles qui n'ont point d'existence⁷⁴³, entre les concepts et les « pures constructions de l'esprit »⁷⁴⁴. Car « le seul nécessaire, c'est l'exacte vérité des règles consistant dans leur adéquation aux exigences de fond et de forme du droit en l'espèce. Le reste n'est qu'accessoire et même, dans la mesure où il tendrait à usurper sur le principal, accessoire néfaste »⁷⁴⁵. A l'évidence, l'acte coercitif n'opère aucun détachement au regard du réel. Son adéquation à la réalité juridique empêche de verser dans l'imaginaire au moyen d'une trop grande abstraction. Cette notion tend par conséquent à atteindre la vérité du droit. Si elle appartient à « l'univers juridique »⁷⁴⁶, elle n'est pas non plus complètement détachée de la réalité des faits.

2°- Le reflet d'une réalité matérielle

115. En consacrant le concept d'acte coercitif, le droit positif n'a pas dénaturé la réalité matérielle⁷⁴⁷. Au vrai, comment aurait-il pu commettre une telle entorse ? Cet acte s'analyse autant comme un acte juridique que comme un acte matériel. Les risques étaient dès lors limités... Par nature, l'acte coercitif renvoie à une certaine matérialité. Il porte atteinte aux libertés individuelles. Aussi se traduit-il par l'arrestation d'un individu en vertu d'un mandat d'arrêt, par la rétention d'une personne

⁷³⁸ B. OPPETIT, Les rapports des personnes morales (...), *op. cit.*, p. 368.

⁷³⁹ V. F. GENY, Science et technique (...), t. I, *op. cit.*, n°55 et s., p. 160 et s.

⁷⁴⁰ V. en particulier, F. GENY, t. I, *op. cit.*, n°45, p. 131 et 132.

⁷⁴¹ C'est récurrent chez GENY, *op. cit.*, n°45, p. 132 et 133, n°47, p. 138, mettant en garde « contre les insuffisances et les dangers des opérations purement intellectuelles » et suggérant « ce critérium directeur, que le péril devient plus grave à mesure que l'abstraction, s'affinant davantage, fait perdre de vue la réalité à discerner » ; F. GENY, Science et technique (...), t. III, *op. cit.*, n°222, p. 207.

⁷⁴² V. J. DABIN, Théorie générale du droit, Dalloz, Philosophie du droit, 1969, n°262, p. 299 ; J. DABIN, La technique de l'élaboration du droit positif (...), *op. cit.*, p. 202.

⁷⁴³ En ce sens, F. GENY, t. I, *op. cit.*, n°47, p. 136 et n°48, p. 140 et 141 : « (...) la nécessité apparaît de séparer ce qui reste travail légitime de l'intellect de ce qui n'est plus qu'idéalisation vaine et fallacieuse ».

⁷⁴⁴ Sur ce point, J. DABIN, La technique (...), *op. cit.*, p. 205 et 206.

⁷⁴⁵ J. DABIN, *op. cit.*, p. 205.

⁷⁴⁶ L'expression est de ROUBIER, cité par P. CONTE, *op. cit.*, n°563, p. 705 : « Comme l'a écrit un auteur, le juriste a élaboré son propre monde, un "univers juridique" ».

⁷⁴⁷ Il a été montré que le droit a trois attitudes différentes vis-à-vis de la « vérité matérielle » : soit il la recherche, soit il la déforme, soit il la rejette : V. P. LOUIS-LUCAS, Vérité matérielle et vérité juridique, Mélanges R. SAVATIER, Dalloz, 1965, p. 583 et s., où l'auteur assimile réalité et vérité dans le texte.

contre son gré dans le cadre d'une garde à vue ou bien par la pénétration dans un domicile en cas de perquisition afin de saisir tout objet utile à la manifestation de la vérité... Il génère des effets dans l'univers matériel, en particulier au moment de son exécution.

116. Bien sûr la notion d'acte coercitif n'est-elle que le reflet incomplet d'une réalité matérielle. Elle n'en constitue pas un décalque parfait. Les concepts ont peut-être tendance à « modeler le réel »⁷⁴⁸, ils conservent néanmoins une certaine distance à son égard⁷⁴⁹. Ils sont rarement en adéquation totale avec lui⁷⁵⁰. D'ailleurs, une séparation marquée existe entre réalité juridique et réalité matérielle et le droit n'a pas à se préoccuper de cette dernière⁷⁵¹. Il n'a pas forcément vocation à transposer celle-ci au sein de celle-là⁷⁵². Reste qu'une liaison se révèle souvent entre ces deux sortes de réalité : une réalité matérielle se voit consacrée et accède à l'univers du droit⁷⁵³. Est-ce le cas pour l'acte coercitif ? La réponse semble négative. Avant sa reconnaissance formelle, un tel acte se trouve en substance dans les normes juridiques. L'emploi du vocable dans la jurisprudence et la loi a inscrit la notion dans la réalité juridique. Mais son contenu existe déjà, notamment dans le Code de procédure pénale : la perquisition, la garde à vue ou le mandat d'arrêt restent antérieurs à son émergence. Si l'acte coercitif correspond à une réalité matérielle, ce qui peut paraître plutôt heureux⁷⁵⁴, il ne procède pas d'une « légalisation de faits matériels »⁷⁵⁵. Quoi qu'il en soit, la conformité de l'acte coercitif à la réalité juridique, partant à la vérité juridique, ne fait aucun doute. Elle aura amené à esquisser certaines questions de théorie du droit. C'est précisément à cette théorie qu'il convient de s'attacher, dans la mesure où l'adéquation de l'acte coercitif à la réalité juridique emporte des conséquences au sein de celle-ci.

§2 – Les conséquences de l'adéquation dans la théorie du droit

117. L'activité de la doctrine consiste à réfléchir sur le droit, à l'analyser et à émettre des théories à son sujet. Ses propositions connaissent plus ou moins de succès en fonction de leur pertinence

⁷⁴⁸ J. PARAIN-VIAL, La nature du concept (...), *op. cit.*, p. 50.

⁷⁴⁹ En ce sens, P. LOUIS-LUCAS, *op. cit.*, n°15, p. 594.

⁷⁵⁰ V. J. PARAIN-VIAL, *op. et loc. cit.* : « Le juriste n'a donc pas l'illusion que ses concepts sont parfaitement adéquats à la réalité physique ou sociale » ; C. ATIAS, D. LINOTTE, Le mythe de l'adaptation du droit au fait, D., 1977, chron., p. 251 et s., spéc. p. 255 : « L'appréhension juridique de la réalité n'est pas l'enregistrement de faits bruts : c'est une traduction, donc une déformation et peut-être une trahison ».

⁷⁵¹ P. CONTE, L'apparence (...), *op. cit.*, n°565, p. 711.

⁷⁵² V. C. ATIAS, D. LINOTTE, *op. cit.*, p. 258 ; P. LOUIS-LUCAS, *op. cit.*, n°16, p. 594.

⁷⁵³ A cet égard, P. CONTE, *op. cit.*, n°566, p. 711 ; P. NERHOT, Le fait du droit, Arch. phil. dr., 1986, p. 261 et s., spéc. n°37, p. 269.

⁷⁵⁴ V. J. DABIN, La technique de l'élaboration (...), *op. cit.*, p. 202 : « Entre l'idée et la réalité, une correspondance doit subsister, aussi étroite, aussi serrée que possible ; et s'il est permis à la construction d'user de symboles, d'analogies ou même de fictions, c'est à la condition de ne pas rompre avec les réalités de l'ordre matériel ou spirituel, qui constituent le fond essentiel de la réglementation ». *Adde*, F. GENY, t. I, *op. cit.*, n°50, p. 149 et n°56, p. 163 et 164.

⁷⁵⁵ Selon l'expression de P. CONTE, *op. et loc. cit.* Selon L. HUSSON, in Nouvelles études (...), *op. cit.*, p. 220 : « (...) le Droit ne s'attache pas à la matérialité des faits ou des actes qu'il considère, mais à la signification que ces actes ou ces faits revêtent dans le système des fins auxquelles est ordonnée la vie sociale ».

intellectuelle. Même controversées, certaines d'entre-elles constituent des analyses incontournables. L'acte coercitif doit donc être examiné au regard de ces théories. L'existence de ce concept dans la loi, comme dans la jurisprudence, influe sur la place qu'il occupe au sein de la théorie du droit. Sa confrontation avec l'opposition classique de la science à la technique (A) en fournit une bonne illustration. Sa confrontation avec les conceptions du système juridique (B) achèvera de le montrer.

A – La confrontation de l'acte coercitif avec l'opposition de la science à la technique

118. C'est GENY, qui, dans une œuvre de référence⁷⁵⁶, a élaboré la distinction entre la science et la technique, en d'autres termes entre le « donné » et le « construit ». Devenue classique, cette opposition revient fréquemment sous la plume des auteurs⁷⁵⁷. L'examen de l'acte coercitif au regard d'une telle théorie mérite d'être entrepris. A cet égard, l'adéquation de ce concept à la réalité juridique invite à le rejeter hors du « donné » (1°) avant de montrer son appartenance au « construit » (2°).

1°- Rejet de l'acte coercitif hors du « donné »

119. La célèbre distinction entre « donné » et « construit » est loin d'avoir fait l'unanimité. La notion de « donné » reste, d'une manière générale, très contestée (a). Sur un plan particulier, l'acte coercitif lui semble en plus inadapté (b). Ces raisons justifient l'exclusion de cet acte hors de la sphère du « donné ».

a) La contestation générale du « donné »

120. De prime abord, le « donné » apparaît obscur. Son créateur en livre une définition : « il s'agit de constater purement et simplement ce que révèle la “nature sociale”, interprétée d'après elle-même ou suivant les inspirations d'un idéal supérieur, pour aboutir à des règles d'action, dont le fondement sera d'autant plus solide qu'elles contiendront moins d'artificiel ou d'arbitraire. Et, c'est ce que j'appelle le *donné*, qui doit formuler la règle de droit, telle qu'elle ressort de la nature des choses et, autant que possible, à l'état brut »⁷⁵⁸. Il ajoute que « le donné correspond, à peu près, à la notion fondamentale de droit naturel. Il consiste en un fonds de vérités morales et économiques, qui, placées en présence des faits, commandent, pour les régir, certaines directions. L'objet de ces directions, supérieures à l'arbitraire des volontés, est restreint et vague. Il se concentre autour de l'idée suprême du “juste objectif”, représentant un équilibre d'intérêts, qu'il faut parfois ausculter par toutes nos

⁷⁵⁶ F. GENY, Science et technique en droit privé positif, 4 tomes, Sirey, 1914-1924.

⁷⁵⁷ V. entre autres, R. SAVATIER, Réalisme (...), *op. cit.*, p. 75 et s. ; P. LOUIS-LUCAS, Vérité matérielle (...), *op. cit.*, n°4, p. 585.

⁷⁵⁸ F. GENY, Science et technique (...), t. I, *op. cit.*, n°33, p. 97.

puissances de connaître, mais qui ne fournit jamais qu'une orientation assez floue, de nature plutôt morale qu'économique, à vrai dire même, principalement morale. Ce donné reste la base essentielle du droit positif, mais ne peut avoir qu'une portée restreinte. Du moins, fournit-il la "règle", le "principe" »⁷⁵⁹. Ainsi défini, le « donné » général se décline en quatre variétés : le « donné naturel », le « donné historique », le « donné rationnel » et le « donné idéal »⁷⁶⁰. Il s'oppose au « construit », à la technique juridique, en un mot, à l'œuvre de l'homme en vue de réaliser les fins supérieures du droit⁷⁶¹.

121. S'il a été soutenu que le droit doit être au service de l'ordre social⁷⁶², ou bien que le « donné » joue un rôle fondamental dans les règles du droit positif⁷⁶³, la doctrine majoritaire a critiqué l'opposition établie par GENY⁷⁶⁴. Le rôle du « donné » au sein de l'ordre juridique a suscité la controverse. Critiqué⁷⁶⁵, évincé⁷⁶⁶, rejeté sans ambages⁷⁶⁷, ce concept a été véritablement stigmatisé⁷⁶⁸. Des critiques parfois virulentes se sont reportées, par ricochet, sur l'opposition du « donné » au « construit »⁷⁶⁹. Il ne nous appartient pas, dans le cadre de notre recherche, de se prononcer sur le bien-fondé de cette théorie, ni d'apprécier la pertinence des critiques dont elle fait l'objet. Ceci ne présenterait aucun intérêt. Il convient, en revanche, de vérifier que l'acte coercitif ne correspond pas au « donné », il évolue hors de celui-ci.

b) L'inadaptation spéciale au « donné »

122. Etablir un lien entre l'acte coercitif et le « donné » apparaît d'emblée difficile. Existe-t-il un rapport entre cet acte et le droit naturel ou l'idée de « juste objectif » ? *A priori*, cela est loin d'être évident, mais cette impression ne suffit pas à tirer une conclusion définitive. Aussi, il va falloir scruter les quatre déclinaisons du « donné » afin de découvrir si l'acte coercitif peut se rattacher à l'une d'elles. Les données réelles ou naturelles renvoient, en premier lieu, aux données brutes de la nature

⁷⁵⁹ F. GENY, Science et technique (...), t. IV, *op. cit.*, n°302, p. 147.

⁷⁶⁰ V. F. GENY, Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, t. II, *Elaboration scientifique du droit positif (L'irréductible « droit naturel »)*, Sirey, 1915, n°166 et s., p. 371 et s.

⁷⁶¹ Sur la distinction, H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, *op. cit.*, n°15 et s.

⁷⁶² F. RUSSO, *Réalité juridique (...)*, *op. cit.*, p. 186 ; *Contra*, C. ATIAS, D. LINOTTE, *Le mythe (...)*, *op. cit.*, p. 255.

⁷⁶³ V. A. TISSIER, *L'élaboration technique du droit privé positif*, R.T.D.civ., 1922, p. 831 et s., spéc. p. 842.

⁷⁶⁴ Certains auteurs ont néanmoins utilisé la distinction de GENY pour leurs travaux : V. par ex., C. AMBROISE-CASTEROT, *op. cit.*, n°230 et s., p. 149 et s. ; P. MORVAN, *Le principe (...)*, *op. cit.*, n°108 et s., p. 101 et s.

⁷⁶⁵ V. P. ROUBIER, *Théorie générale (...)*, *op. cit.*, n°21, p. 193 et 194 ; C. ATIAS, D. LINOTTE, *op. cit.*, p. 253.

⁷⁶⁶ V. P. CONTE, *L'apparence (...)*, *op. cit.*, n°564, p. 709 : « Le juriste ne travaille pas sur un "donné" mais sur un "construit" : (...) c'est donc par opposition avec la "réalité donnée" que l'on peut faire apparaître l'originalité de cette "réalité construite" que constitue la réalité juridique ».

⁷⁶⁷ V. J. DABIN, *La technique de l'élaboration (...)*, *op. cit.*, p. 11 à 35, spéc. p. 16, 24, 28, 31 et 32 ; J. DABIN, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, n°136, p. 159 à n°182, p. 210, spéc. n°151, p. 177, n°171 et 172, p. 197 et 198, n°175, p. 201, n°178, p. 206, n°181, p. 209 et 210, enfin n°264, p. 300.

⁷⁶⁸ V. G. RIPERT, *Les forces (...)*, *op. cit.*, n°29, p. 82.

⁷⁶⁹ V. P. AMSELEK, *Perspectives critiques (...)*, *op. cit.*, p. 371 et s., not. p. 377 à 384 ; P. AMSELEK, *La part de la science dans les activités des juristes*, D., 1997, chron., p. 337 et s., spéc. p. 339, qui évoque « la fameuse et fumeuse distinction du "donné" et du "construit" ».

physique (géographie : le climat, le sol et ses productions...), de la nature de l'homme (physiologie, psychologie, sentiment religieux...) et de la réalité factuelle⁷⁷⁰. Il s'agit en quelque sorte de reconnaître la nature des choses qui s'impose à toute volonté⁷⁷¹. Elles restent essentielles en matière de mariage, de filiation et de droit de la preuve. L'acte coercitif ne semble avoir, sous cet éclairage, aucun lien avec ce « donné ». S'il crée des effets dans l'univers matériel, il n'a pas été imposé par la nature des choses. Il résulte d'une création de l'homme (législateur) pour les besoins de la procédure pénale. Il pourrait donc disparaître dans l'absolu⁷⁷².

123. En deuxième lieu, le « donné historique » vient se superposer au « donné naturel ». Il se nourrit des événements de l'histoire et de certaines règles acquises au fil du temps. Acquis de préceptes guidant l'humanité et dont il semble impossible de faire table rase, « c'est toujours sur lui qu'on bâtit, puisque, quelques réformes juridiques que l'on envisage, il ne peut jamais s'agir que de substituer un droit, à quelques égards nouveau, à un droit préexistant »⁷⁷³. Ainsi le droit n'est-il pas créé mais transformé⁷⁷⁴. Issues de l'histoire du droit, ces données ressortent de diverses institutions de l'ordre juridique, tels le système successoral *ab intestat* ou la propriété individuelle. De son côté, la notion d'acte coercitif reste récente. Bien qu'il soit possible de relever la présence d'actes coercitifs depuis plusieurs siècles⁷⁷⁵, celle-ci ne s'inscrit pas dans la durée. Le contenu a en effet précédé le contenant. Elle a réellement émergé dans les années 1990. Par conséquent, elle ne saurait être rattachée à des données historiques.

124. Le « donné rationnel » tiendrait, en troisième lieu, une place prépondérante dans la formation du droit positif. Il renferme le droit naturel classique⁷⁷⁶, un ensemble de préceptes produit par la raison humaine. Sous cette terminologie, GENY entend « les principes résultant, pour la direction de l'humanité, de la considération réfléchie des éléments des rapports juridiques »⁷⁷⁷. Mais le « donné rationnel » intéresse uniquement des préceptes essentiels dictés par la raison et ne doit pas solliciter l'esprit pour des questions accessoires⁷⁷⁸. Ce concept n'a guère de point commun avec l'acte coercitif. Sauf à admettre l'idée très vague que cet acte poursuit un juste objectif – la recherche des auteurs d'infractions ? La réaction au trouble causé à l'ordre public ? – l'atteinte portée de la sorte aux libertés individuelles se concilie mal avec le droit naturel. Le rattachement paraît à nouveau exclu.

⁷⁷⁰ F. GENY, *Science et technique (...)*, t. II, *op. cit.*, n°167, p. 371 et s. Les données réelles, telles que les a entendues GENY, ont fait l'objet de vives critiques de la part de RIPERT, *in* *Le déclin (...)*, *op. cit.*, n°13, p. 36 et 37.

⁷⁷¹ F. GENY, *op. cit.*, n°167, p. 373 : « On voit par là combien il est excessif, et même absolument faux, de nier – selon les vues du positivisme juridique – l'existence de tout élément *naturel* à la base du droit positif ».

⁷⁷² Certes, la procédure pénale perdrait toute efficacité. Il n'empêche que l'acte coercitif ne s'impose pas comme une montagne ou la différence de sexe.

⁷⁷³ F. GENY, *op. cit.*, n°168, p. 378.

⁷⁷⁴ V. P. MORVAN, *Le principe (...)*, *op. cit.*, n°109, p. 104.

⁷⁷⁵ Ainsi du décret de prise de corps sous l'empire de l'ordonnance de 1670, ancêtre du mandat de dépôt.

⁷⁷⁶ F. GENY, t. II, *op. cit.*, n°169, p. 380.

⁷⁷⁷ F. GENY, *op. cit.*, n°169, p. 381. ROUBIER, *op. cit.*, n°21, p. 195, a critiqué la pensée de GENY sur ce point.

⁷⁷⁸ F. GENY, *op. cit.*, n°169, p. 381, 382 et 383. Pour illustrer son propos, l'auteur évoque le mariage.

125. En dernier lieu, le « donné idéal » forme « l’atmosphère ambiante » de toute question de droit. Il faut comprendre par là des considérations morales, religieuses, philosophiques⁷⁷⁹... Son domaine est très étendu, car il contient les aspirations des hommes dans l’optique de faire progresser le droit positif. Simples tendances vers une organisation souhaitée des rapports de droit, ce sont autrement dit « des *desiderata* que postule le sentiment public ou l’état actuel de la civilisation »⁷⁸⁰. Il procède de croyances, sentiments, intuitions qui ajoutent aux insuffisances de l’intelligence⁷⁸¹. A la différence des données rationnelles, le « donné idéal » reste dépourvu des caractères d’universalité et d’immuabilité. La monogamie, l’indissolubilité du lien matrimonial ou même le jeu des preuves de la filiation trouvent leur justification sur son fondement. Ces quelques exemples témoignent de l’impossibilité de rattacher l’acte coercitif aux données idéales. La procédure pénale demeure chargée de considérations philosophiques et politiques, en ce sens qu’elle permet de mesurer le niveau démocratique d’un Etat. Elle doit prévoir des garanties sérieuses au profit des « accusés » afin d’éviter toute atteinte injustifiée à la liberté individuelle et l’arbitraire de la répression. Mais l’acte coercitif s’analyse en une notion technique qui fait l’objet d’une réglementation stricte. Son adoption est subordonnée à des indices, à des éléments factuels, en résumé, à certaines conditions posées par la loi. Aussi, les considérations morales, religieuses et autres s’effacent-elles. Par ailleurs, si des données l’inspirent, il s’agit de données « correctives » et non « directives »⁷⁸², puisqu’il renvoie à l’idée de « mal nécessaire »⁷⁸³. L’expression semble souvent employée pour évoquer la détention provisoire ou les écoutes téléphoniques. Enfin, il faut garder en mémoire que « le donné ne prescrit précisément ni ne contraint *juridiquement* »⁷⁸⁴. Or, l’acte coercitif existe dans les normes de droit. Appartenant au droit positif, il peut recevoir une sanction juridique. Autant dire qu’il se trouve hors du « donné » et fait partie du « construit ».

2°- Appartenance de l’acte coercitif au « construit »

126. A première vue, la doctrine n’a pas émis de critiques sur le « construit ». Elle soutient même d’ordinaire que l’ensemble du droit est « construit ». Elle apporte donc une certaine approbation à ce concept (a), alors qu’elle dénonce l’opposition du « donné » au « construit ». L’acte coercitif paraît justement adapté à celui-ci (b).

⁷⁷⁹ V. F. GENY, *op. cit.*, n°170, p. 384 et s.

⁷⁸⁰ *Ibid.*

⁷⁸¹ *Ibid.*

⁷⁸² Sur cette distinction, C. ATIAS, D. LINOTTE, Le mythe de l’adaptation du droit au fait, *op. cit.*, p. 255, pour qui les *données directives* forment « l’inspiration essentielle du droit à poser. Mais, inévitablement, la solution qui en découlerait présente des inconvénients à corriger : voici une seconde série de données qu’il faut envisager comme *correctives* ».

⁷⁸³ C. ATIAS, D. LINOTTE, *op. cit.*, p. 256.

⁷⁸⁴ P. MORVAN, Le principe de droit privé, *op. cit.*, n°110, p. 105 (il souligne).

a) L'approbation générale du « construit »

127. Le créateur du « construit » l'a défini de la sorte : « le travail à réaliser, partant des données naturelles acquises, tendra à les mettre en œuvre, les transformer ou les assouplir, de façon à les modeler sur les besoins mêmes de l'ordre juridique, pour lequel elles sont destinées. Et le résultat de l'effort, ainsi poursuivi, issu de l'artifice, s'exerçant sur la nature par des procédés propres, puisés dans les puissances personnelles de l'homme, peut, ce semble, être qualifié le *construit*, puisque, au moyen d'un travail tout subjectif, il tend à ériger la règle brute en précepte capable de s'insérer dans la vie et d'animer celle-ci, en vue des fins suprêmes du droit »⁷⁸⁵. Dans la pensée de GENY, « donné » et « construit » se rencontrent et se mélangent sans cesse, ce dernier amenant progressivement à accroître la somme du premier⁷⁸⁶. Si d'après lui, la science et la technique demeurent toutes deux nécessaires à l'essor du droit positif, la technique apparaît néanmoins relative⁷⁸⁷. Caractérisée par la construction, l'artifice, celle-ci reste l'œuvre propre de la volonté humaine⁷⁸⁸. Elle apparaît comme un moyen d'atteindre une finalité supérieure, le droit naturel⁷⁸⁹.

128. A l'inverse du « donné », le « construit » (la technique) relève du droit positif. Il appartient, en d'autres termes, au droit applicable, concret, en vigueur dans un Etat. A cet égard, la doctrine dominante explique que les règles juridiques ne se produisent pas de façon naturelle, mais qu'elles sont produites par l'homme⁷⁹⁰. Elles naissent de la volonté humaine et n'ont point d'existence dans le « donné »⁷⁹¹. La technique ne serait, en aucun cas, la conséquence nécessaire d'un « donné »⁷⁹². Le droit étant « construit »⁷⁹³, c'est bien à partir de cette base que travaillent les juristes⁷⁹⁴. L'acte coercitif

⁷⁸⁵ F. GENY, Science et technique (...), t. I, *op. cit.*, n°33, p. 97. Pour une définition presque identique : F. GENY, Les procédés d'élaboration du droit civil, in Les méthodes juridiques. Leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910, Paris, V. Giard et E. Brière, 1911, préf. P. DESCHANEL, p. 173 et s., spéc. p. 182.

⁷⁸⁶ *Ibid.*

⁷⁸⁷ V. F. GENY, La relativité de la technique juridique, R.T.D.civ., 1935, p. 787 et s., spéc. p. 794. La science semble occuper une place prépondérante au sein du droit positif : F. GENY, Les procédés d'élaboration du droit civil, *op. cit.*, p. 184 ; F. GENY, Science et technique (...), t. IV, *op. cit.*, n°302, p. 150 et 151.

⁷⁸⁸ V. F. GENY, Science et technique (...), t. IV, *op. cit.*, n°302, p. 148 à 150, évoquant les procédés techniques utilisés : « les formes, les "catégories" juridiques, les concepts, les présomptions de droit, les fictions de droit (...) ». Sur la technique juridique, F. GENY, Science et technique (...), t. III, *op. cit.*, n°179 et s., p. 4 et s. et n°183, p. 23, pour la définition

⁷⁸⁹ F. GENY, La relativité de la technique juridique, *op. cit.*, p. 794. V. aussi, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, Qu'est-ce que la technique juridique ? Observations sur l'apport des juristes au lien social, D., 2004, chron., p. 711 et s., spéc. p. 712, où il est soutenu que la technique juridique doit être regardée comme productrice d'une réalité sociale.

⁷⁹⁰ P. AMSELEK, La part de la science dans les activités des juristes, *op. cit.*, p. 341, enseignant que les règles juridiques sont « par définition même, des choses qui *sont produites*, qui sont faites par l'homme (...). On doit les considérer comme des faits de l'homme, comme des productions humaines, et c'est ainsi rattachées à l'homme, à des actes, à des comportements humains, et en définitive à une volonté humaine qui s'est déterminée à agir dans un certain sens, (...) qu'on peut les étudier scientifiquement ».

⁷⁹¹ J. DABIN, La technique de l'élaboration du droit positif (...), *op. cit.*, p. 28.

⁷⁹² R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.*, p. 713.

⁷⁹³ G. RIPERT, Les forces créatrices du droit, *op. cit.*, n°29, p. 82 ; P. NERHOT, Le fait du droit, *op. cit.*, n°29, p. 268. *Adde*, C. ATIAS, Epistémologie juridique, Dalloz, Précis, 1^{ère} éd., 2002, n°182, p. 106 (implicitement).

⁷⁹⁴ P. CONTE, L'apparence en matière pénale, *op. cit.*, n°564, p. 709.

semble adapté à cette notion, dans la mesure où le « donné » reste étranger au droit positif. Il appartient au seul « construit » qui, lui, est nécessairement du droit positif⁷⁹⁵.

b) L'adaptation spéciale au « construit »

129. La mise en parallèle de l'acte coercitif avec la définition du « construit » de GENY révèle une certaine correspondance. En tant que concept faisant partie de la réalité juridique, il est d'abord le résultat d'un « artifice », d'un « travail tout subjectif ». Ensuite, le travail à réaliser doit « partir des données naturelles acquises ». A supposer que l'intérêt du « donné » soit avéré, le « construit » pourrait à la rigueur s'appuyer sur celui-ci dans le cas présent. Il suffirait d'admettre que l'acte coercitif demeure issu de données « correctives » – l'idée qu'il s'agit d'un « mal nécessaire » – et non de données « directives ». Enfin, le travail de construction tend à « modeler le donné sur les besoins mêmes de l'ordre juridique » dans le dessein « d'ériger la règle brute en précepte capable de s'insérer dans la vie et d'animer celle-ci, en vue des fins suprêmes du droit »⁷⁹⁶. La difficulté soulevée par le « donné » vient d'être réglée. Il faut en conséquence s'attacher à l'autre condition posée, beaucoup plus intéressante.

130. L'acte coercitif est-il utile à l'ordre juridique ? Ce dernier le réclame-t-il ? La réponse paraît positive. Pour s'en convaincre, il convient d'évoquer le domaine de prédilection de l'acte coercitif, celui où le vocable se rencontre souvent : la découverte de faits nouveaux par le juge d'instruction au cours de l'information. Dans l'arrêt du 6 février 1996⁷⁹⁷, la chambre criminelle a précisé qu'en la matière, ce juge peut effectuer d'urgence des vérifications sommaires pour apprécier la vraisemblance de ces faits, mais qu'« il ne peut, sans excéder ses pouvoirs, procéder à des actes qui, présentant un caractère coercitif, exigent la mise en mouvement préalable de l'action publique ». La référence à l'acte coercitif apparaît nouvelle. Traitant de la même question, un arrêt rendu le 10 mai 1994 n'avait pas utilisé cette expression⁷⁹⁸. Il énonçait « qu'il importe seulement que ces nouveaux faits ne donnent pas lieu, en l'état, contre quiconque, à des actes de poursuite et que les procès-verbaux qui les constatent soient adressés au ministère public dès lors qu'il en résulte des indices suffisamment graves et concordants d'une incrimination pénale ». Pourquoi avoir introduit cette notion d'acte coercitif dans la décision 1996 ? La chambre criminelle ne pouvait-elle affirmer qu'en cas de découverte de faits nouveaux, le magistrat instructeur ne devait procéder ni à des actes de poursuite et d'instruction ni à des actes de juridiction nécessitant la mise en mouvement préalable de l'action publique ?

⁷⁹⁵ Comp. avec ce qui a été écrit sur le principe de droit privé : V. P. MORVAN, Le principe de droit privé, *op. cit.*, n°585, p. 546. Si l'apport du « donné » peut être très différent pour l'acte coercitif par rapport au principe, celui du « construit » semble en revanche identique.

⁷⁹⁶ F. GENY, Science et technique (...), t. I, *op. cit.*, n°33, p. 97.

⁷⁹⁷ Cass. crim., 6 fév. 1996, Bull. crim., n°60, préc.

⁷⁹⁸ Cass. crim., 10 mai 1994, Bull. crim., n°180.

131. Outre sa lourdeur indéniable, une telle formulation aurait montré ses limites au regard du problème juridique posé. Les actes de constatation et de vérification sommaire autorisés constituent aussi des actes de poursuite et d'instruction, voire de juridiction. Ces catégories d'actes se superposent de sorte qu'il semble difficile de délimiter ce qui est interdit de ce qui est permis au magistrat instructeur. Une perquisition peut être regardée comme une mesure de vérification (mais bien sûr non « sommaire » – condition ajoutée par l'arrêt de 1996 –). Elle s'analyse également en une mesure d'instruction. Ni la nature d'acte de constatation ou de vérification ni celle d'acte de poursuite ou d'instruction (ou de juridiction) ne pouvait, dans ces conditions, servir de critère adéquat. La Cour de cassation a examiné toutes les catégories et notions existantes afin de s'appuyer sur celle utile au résultat souhaité⁷⁹⁹. Or, elle a constaté qu'aucun de ces concepts n'était adéquat au résultat voulu, à savoir le refus de laisser le juge d'instruction procéder à des actes graves ou importants sur les faits nouveaux avant la décision du parquet sur l'opportunité d'autres poursuites. C'est pourquoi elle a utilisé la notion d'acte coercitif. Le critère du caractère coercitif ou non de l'acte accompli permet de distinguer les actes interdits des actes autorisés au juge dans cette hypothèse⁸⁰⁰. Ce concept présente l'avantage de viser des actes particuliers, schématiquement ceux portant atteinte à la liberté⁸⁰¹. En cela, il apparaît utile à l'ordre juridique. Celui-ci le réclamait, il en avait besoin. L'acte coercitif a ainsi été reconnu, puis s'est développé au sein de la réalité juridique. Il est donc capable de s'insérer dans la vie et d'animer celle-ci en vue des fins suprêmes du droit. Son appartenance au « construit » étant montrée, il ne reste plus qu'à le confronter aux diverses conceptions du système juridique.

B – La confrontation de l'acte coercitif avec les conceptions du système juridique

132. Il ne saurait être question de confronter l'acte coercitif aux multiples conceptions du système juridique, mais seulement à quelques unes qui apparaissent fondamentales. Concept adéquat à la réalité juridique, l'acte coercitif peut se présenter comme une illustration de l'autocréation du droit (1°), voire comme une illustration de la complétude du droit (2°).

⁷⁹⁹ V. CARDOZO (cité par HUTCHESON), repris par J. MAURY, *in* Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit, *op. cit.*, p. 32 : « Que dit-il donc, si ce n'est que le juge décide, en réalité, par sentiment et non par jugement, par intuition et non par raisonnement, et que le raisonnement apparaît seulement dans l'énoncé de son opinion ; (...) ayant enfanté et atteint son jugement, il lutte pour amener et passer en revue dans son esprit ardent toutes les catégories et tous les concepts qu'il peut trouver utiles directement ou par analogie, pour choisir parmi eux celui qui, à son avis, appuiera le résultat désiré par lui ».

⁸⁰⁰ V. D. REBUT, Information judiciaire et faits nouveaux, *chron. préc.*, p. 292 : « La distinction à faire porte sur le caractère coercitif de l'acte accompli et non sur sa nature d'acte de vérification. Là réside le véritable critère de l'acte auquel peut procéder un juge d'instruction en matière de faits nouveaux et qui tient à sa nature non coercitive ».

⁸⁰¹ V. l'assertion intéressante de R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.*, p. 714 : « L'objectif des juristes dogmatiques est pourtant de rendre la technique invisible, de replier la notion juridique abstraite sur la réalité concrète. L'efficacité de la technique juridique apparaît alors d'autant plus efficace qu'elle est dissimulée dans des notions ou des principes qui paraissent naturels et auxquels il faudrait croire comme s'il s'agissait de réalités tangibles ».

1°- L'acte coercitif, illustration de l'autocréation du droit

133. L'ordre juridique est souvent décrit à l'aide d'une métaphore. La plus connue reste la pyramide des normes dont la paternité revient à KELSEN⁸⁰². Selon lui, l'ordre juridique ne constitue pas un système de normes juridiques toutes placées au même niveau, mais une pyramide formée de plusieurs étages de normes juridiques⁸⁰³. En vertu de l'aspect dynamique de l'unité des ordres juridiques⁸⁰⁴, une norme est valable si elle a été créée conformément à ce qu'édicte une norme supérieure⁸⁰⁵. Des normes déterminent ainsi le contenu d'autres normes dont elles prévoient la création⁸⁰⁶. Dans un tel schéma où domine l'idée de hiérarchie, le droit règle lui-même sa propre création⁸⁰⁷ : l'application du droit opère au même moment création du droit⁸⁰⁸. Mais les actes de contrainte réalisés, statués par les normes juridiques, ne font qu'appliquer le droit et ne le créent pas⁸⁰⁹. Situés « au pied » de la pyramide, ceux-ci n'ont pas la capacité de produire du droit. Il n'empêche que ces actes de contrainte apparaissent, selon ce système, grâce au processus d'édiction relaté⁸¹⁰. Ils sont le fruit des décisions renfermées dans des normes individuelles⁸¹¹. Ils ne sont peut-être qu'application du droit, ils reflètent néanmoins son autocréation.

134. L'illustration de ce phénomène paraît possible dans un domaine plus restreint que celui décrit par le maître autrichien⁸¹². L'émergence de la notion d'acte coercitif en procédure pénale en témoigne. Véritablement née des arrêts rendus par la Cour de cassation en 1996⁸¹³, sa découverte traduit une autocréation du droit. De ces arrêts de principe (qui constituent du droit), ressort l'affirmation d'une règle de droit formulée en termes généraux, sans doute déductible des décisions antérieures, mais qui se réfère – et c'est là la vraie nouveauté – à la notion d'acte coercitif. « Ainsi, inévitablement, le droit s'autoproduit ; il s'invente et se réinvente lui-même »⁸¹⁴. Cela fait écho à la théorie de l'autopoïèse

⁸⁰² La conception de l'ordre juridique de KELSEN a nourri de nombreuses controverses : V. not., P. AMSELEK, *Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique*, R.D.P., 1978, p. 5 et s. ; M. TROPER, *La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul AMSELEK*, R.D.P., 1978, p. 1523 et s. ; V. aussi, G. TIMSIT, *L'ordre juridique comme métaphore*, Droits, 2001, n°33, p. 3 et s., spéc. p. 8.

⁸⁰³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Philosophie du droit, 2^{ème} éd., 1962, trad. C. EISENMANN, n°35, p. 299.

⁸⁰⁴ KELSEN distingue entre une « théorie statique du droit », qui envisage le droit à l'état de repos comme système de normes en vigueur, et une « théorie dynamique du droit », le droit en mouvement, le processus juridique par lequel le droit est créé et appliqué.

⁸⁰⁵ *Ibid.* Comp., G. HERAUD, *La validité juridique*, Mélanges J. MAURY, t. II, Dalloz-Sirey, 1960, p. 477 et s.

⁸⁰⁶ *Ibid.*

⁸⁰⁷ *Ibid.* La Constitution prévoit les normes juridiques générales créées par voie de législation ou de coutume...

⁸⁰⁸ H. KELSEN, *op. cit.*, p. 315.

⁸⁰⁹ H. KELSEN, *op. cit.*, p. 316 et 317.

⁸¹⁰ A ce sujet, P. AMSELEK, *Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique*, *op. cit.*, p. 8, reprenant la réflexion de KELSEN sur le système dynamique de normes.

⁸¹¹ H. KELSEN, *op. cit.*, p. 315 et 316 : « Seule la réalisation des actes de contrainte statués par ces normes individuelles a lieu en application des normes individuelles qui le règlent sans être elles-mêmes création d'une norme ».

⁸¹² La notion d'acte de contrainte à laquelle se réfère KELSEN s'avère imprécise. Elle couvre un domaine étendu puisqu'elle peut comprendre des actes de la procédure pénale, certains actes appartenant aux voies civiles d'exécution, etc.

⁸¹³ Cass. crim., 6 fév. 1996, préc. ; Cass. crim., 30 mai 1996, préc. L'adverbe « véritablement » est utilisé à dessein, le Code de procédure pénale employant le vocable de mesure de contrainte depuis son origine (art. 110 du C.P.P., anciennement 109).

⁸¹⁴ C. ATIAS, *La mission de la doctrine universitaire en droit privé*, J.C.P., 1980, I, 2999, n°4, *in fine*.

juridique, développée par Niklas LUHMANN⁸¹⁵, qui présente une certaine filiation avec la vision kelsenienne⁸¹⁶. Elle repose sur l'idée de « clôture normative », selon laquelle le droit produit ses propres éléments (auto-poièse : action de se faire soi-même), détermine ses structures et ses limites⁸¹⁷. En même temps, celui-ci forme un système « d'ouverture cognitive », c'est-à-dire qu'il demeure ouvert du point de vue des informations provenant de l'environnement⁸¹⁸. L'acte coercitif peut encore illustrer une autre théorie.

2°- L'acte coercitif, illustration de la complétude du droit

135. Le fonctionnement de l'ordre juridique a amené Ronald DWORKIN à le comparer à l'écriture d'un roman à la chaîne⁸¹⁹. Cette métaphore est employée afin de montrer le principe d'unité en droit. Il est fondé sur l'interprétation des juges qui doit non seulement rester fidèle aux interprétations antérieures, mais tendre à être la meilleure possible⁸²⁰. Pour les guider, les juges ont recours à des principes qui transparaissent de leurs décisions⁸²¹. Les principes occupent une place prépondérante dans le raisonnement de l'auteur⁸²². Sa thèse peut se résumer de la sorte : dépourvu de tout pouvoir discrétionnaire, le juge doit toujours appliquer un droit préexistant. Mais ce droit n'est pas systématiquement un droit posé, des principes et des droits naturels existent à côté des règles⁸²³. La pensée de DWORKIN revient donc à illustrer le principe de légalité. Elle nie tout pouvoir créateur du juge, le droit en vigueur étant complet grâce aux principes implicites découverts par le juge qui permettent de combler les lacunes de la loi⁸²⁴.

⁸¹⁵ N. LUHMANN, L'unité du système juridique, Arch. phil. dr., 1986, p. 163 et s.

⁸¹⁶ V. R. SEVE, Introduction (sur le système juridique), Arch. phil. dr., 1986, p. 1 et s., spéc. p. 9 et 10 : « En définitive, la théorie de l'autopoièse conserve de Kelsen l'idée que le droit se définit et se produit lui-même, mais elle récuse le schéma arborescent des normes de l'ordre kelsenien. Elle essaie en quelque sorte de penser la clôture dans la circularité, le système se conservant à travers la connexion des différentes espèces d'actes juridiques (...) ».

⁸¹⁷ *Ibid.* ; Adde, P. NERHOT, Le fait du droit, *op. cit.*, n°4, p. 262, soulignant que cette théorie pose comme hypothèse que « le droit se présuppose et se reproduit lui-même qu'il n'est rien d'autre que le résultat d'un processus autoréférentiel ».

⁸¹⁸ Sur la question, N. LUHMANN, *op. cit.*, p. 173 ; P. NERHOT, Le fait du droit, *op. cit.*, n°59 et s., p. 274 et s.

⁸¹⁹ V. R. DWORKIN, La chaîne du droit, Droit et société, 1985, n°1, L.G.D.J., p. 51 et s.

⁸²⁰ R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 55. Sur la critique de ladite métaphore : G. TIMSIT, L'ordre juridique comme métaphore, *op. cit.*, p. 9 à 11.

⁸²¹ R. DWORKIN, *op. cit.*, not. p. 68 et 69.

⁸²² V. R. DWORKIN, Prendre les droits au sérieux, P.U.F., Léviathan, 1995, p. 80, où il définit le principe : « J'appelle "principe" un standard qu'il faut appliquer (...) parce qu'il est une exigence dictée par la justice, l'équité ou quelque autre dimension de la morale » ; V. F. MICHAUT, Vers une conception postmoderne du droit. La notion de droit chez Ronald DWORKIN, Droits, 1990, n°2 (définir le droit/2), P.U.F., 1990, p. 107 et s., spéc. p. 108.

⁸²³ M. TROPER, Présentation du dossier Ronald Dworkin (1^{ère} partie), Droit et société, 1985, n°1, L.G.D.J., p. 27 et s., spéc. p. 28 ; M. TROPER, Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin, Droit et société, 1986, n°2, L.G.D.J., p. 41 et s., not. p. 50 et 51, critiquant la méthode d'argumentation de DWORKIN. Sur la distinction entre règles et principes, R. DWORKIN, Prendre les droits au sérieux, *op. cit.*, p. 79 et s.

⁸²⁴ En ce sens, R. GUASTINI, Théorie et ontologie du droit chez Dworkin, Droit et société, 1986, n°2, L.G.D.J., p. 15 et s., spéc. p. 20.

136. Aussi discutable qu'elle apparaisse⁸²⁵, cette doctrine de la complétude du droit, fondée sur l'idée de cohérence du système juridique, invite en tout cas à la rapprocher de la jurisprudence de 1996 à partir de laquelle a émergé la notion d'acte coercitif. Ces arrêts pourraient être perçus comme illustrant cette théorie. En affirmant qu'en présence de faits nouveaux, le juge d'instruction ne saurait procéder à des actes coercitifs exigeant la mise en mouvement préalable de l'action publique, la Cour de cassation a peut-être « découvert » un principe. Celui-ci n'est pas inscrit de manière formelle dans le Code de procédure pénale, de sorte que la chambre criminelle semble avoir comblé une lacune légale⁸²⁶. A ce titre, la loi n°99-515 du 23 juin 1999 a complété l'article 80 du C.P.P. Elle énonce les diverses possibilités offertes au parquet lorsque le magistrat instructeur l'informe de sa découverte de nouveaux faits. Les limites posées aux pouvoirs du juge d'instruction dans les décisions de 1996 peuvent, certes, se déduire des décisions antérieures⁸²⁷, la solution demeurant tout à fait justifiée en droit. Ce principe a-t-il été simplement « découvert » ou est-il le fruit de la libre création du droit par les juges ? Adopter la vision de DWORKIN conduit à retenir la première hypothèse et à affirmer que le principe préexiste à ces arrêts. La notion d'acte coercitif, qui en est le centre de gravité, a été du reste latente dans l'ordre juridique. Mais nier le pouvoir créateur dont a fait preuve la Cour de cassation, en particulier par l'emploi de cette notion, paraît difficile. Quoi qu'il en soit, si le juge a pris soin de préciser ce principe, c'est qu'il a estimé que la motivation de ses arrêts n'était jusque là guère convaincante, ou du moins, peu satisfaisante. Le concept d'acte coercitif a permis de gagner en clarté.

137. En définitive, l'acte coercitif peut s'analyser comme un acte juridique et un acte matériel à la fois. Il correspond à une notion, plutôt conceptuelle que fonctionnelle, au sein du système juridique. Il constitue aussi une catégorie juridique. Cette notion présente d'ailleurs une adéquation certaine à la réalité juridique. Elle possède une existence juridique puisqu'elle se trouve dans la jurisprudence et fait même l'objet d'une consécration légale, si l'on s'attache davantage à l'esprit de la loi qu'à sa lettre exacte. L'article préliminaire du Code de procédure pénale en témoigne. Celle-ci appartient alors au « construit », qui est nécessairement du droit positif. Il convient donc de s'attacher à la façon dont l'acte coercitif coexiste avec les autres notions présentes en procédure pénale. Comment va s'opérer leur articulation ?

⁸²⁵ R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 19 et 20, où il dénonce la faiblesse de la thèse de DWORKIN.

⁸²⁶ A l'époque, l'article 80, al. 3 du C.P.P. indique seulement que « lorsque des faits, non visés au réquisitoire, sont portés à la connaissance du juge d'instruction, celui-ci doit immédiatement communiquer au procureur de la République les plaintes ou les procès-verbaux qui les constatent ».

⁸²⁷ V. par ex., Cass. crim., 25 juin 1984, Bull. crim., n°240 ; Cass. crim., 10 mai 1994, préc. Dans le même sens, D. REBUT, *Information judiciaire et faits nouveaux*, chron. préc., p. 294.

CHAPITRE 2 : LA DETERMINATION SUBSTANTIELLE DE L'ACTE COERCITIF

138. Conforme à la réalité juridique, la notion d'acte coercitif exige de connaître son contenu. L'affirmation de son existence en procédure pénale suppose de désigner les actes qu'elle recouvre. Sa définition provisoire joue un rôle essentiel en la matière. Enoncer que l'acte coercitif doit être perçu comme attentatoire à la liberté ou aux libertés individuelles est un préalable indispensable à sa détermination substantielle⁸²⁸. Pour pouvoir qualifier un acte de coercitif, il faut bien préciser le sens attaché à ce terme. « Si la qualification, d'un fait ou d'un acte, consiste à saisir ce fait ou cet acte – élément brut – pour y retrouver les éléments caractéristiques qui conduisent à lui reconnaître une certaine nature juridique, cette opération intellectuelle est seconde relativement à la définition qu'elle présuppose »⁸²⁹. Outil fondamental dont les juristes font usage au quotidien, la qualification se résume à « donner un nom aux choses et à les caractériser juridiquement »⁸³⁰. Elle repose sur le mécanisme de l'analogie, c'est-à-dire sur l'idée selon laquelle des choses identiques doivent être traitées de la même façon »⁸³¹. Il va falloir identifier les actes qui présentent un caractère coercitif.

139. La procédure pénale contient des notions constitutives de catégories juridiques. Elle comprend les mesures d'administration judiciaire, les actes de police judiciaire, les actes de poursuite ou d'instruction, les actes juridictionnels et les actes d'exécution des peines. De prime abord, l'acte coercitif se rattache à plusieurs de ces catégories. Il ne semble pas se limiter à une seule d'entre elles. Susceptible de revêtir une nature différente, il peut s'analyser comme un acte d'instruction ou un acte de juridiction par exemple. La perquisition et la détention provisoire le prouvent respectivement. Dans ces conditions, il n'existe pas une catégorie unique adaptée à l'acte coercitif. Son identification se complique à partir du moment où celui-ci emprunte à des qualifications procédurales distinctes. Afin d'y parvenir, son inadéquation aux catégories juridiques traditionnelles doit être soulignée (**Section I**). Cela consiste encore à étudier la façon dont l'acte coercitif s'intègre au sein du système juridique. Il sera ensuite aisé de montrer qu'à bien des égards, lesdites catégories se montrent inadaptées au regard de l'acte coercitif (**Section II**).

⁸²⁸ Pour la même définition : A. BERGEAUD-WETTERWALD, Du bon usage du principe de loyauté des preuves ? (A propos de l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 7 janvier 2014), *Dr. pénal*, 2014, Etude n°7, spéc. n°5, évoquant « (...) une mesure coercitive ou intrusive, c'est-à-dire attentatoire aux droits et libertés individuelles ».

⁸²⁹ G. CORNU, Les définitions dans la loi, *op. cit.*, n°24, p. 88, explicitant son raisonnement : « Mouvement de l'esprit qui saute du concret à l'abstrait, la qualification ne peut s'opérer que si elle se réfère à des données juridiques préalablement élaborées, à partir desquelles elle ordonne la réalité. La définition légale appartient à ces données de base par référence auxquelles la qualification accomplit, dans chaque cas, son travail de rattachement ».

⁸³⁰ O. CAYLA, La qualification. Ouverture : la qualification, ou la vérité du droit, *Droits*, n°18, 1993, p. 3 et s., spéc. p. 3.

⁸³¹ J.-L. BERGEL, Esquisse d'une approche méthodologique de la recherche juridique, *op. cit.*, p. 1079. La nature juridique d'un acte en commande le régime applicable, d'où l'importance de l'opération de qualification.

Section I – Inadéquation de l’acte coercitif aux catégories traditionnelles

140. Une catégorie juridique comprend des actes possédant une nature différente de ceux qui en composent une autre. Trois grandes catégories peuvent, à titre principal, être recensées en procédure pénale, soit trois types d’actes. On y trouve d’abord des mesures d’administration judiciaire⁸³². Actes judiciaires mais administratifs, celles-ci ne revêtent aucun caractère juridictionnel. Ces mesures s’opposent aux actes de juridiction, qui forment de véritables décisions. Ceux-ci laissent transparaître leur gravité. Il existe enfin des actes d’instruction et de poursuite. De façon ramassée, ils intéressent la recherche active des preuves de l’infraction ainsi que la mise en mouvement et l’exercice de l’action publique. Dans quelle catégorie se trouvent les actes coercitifs ? A laquelle appartiennent-ils ? Deux d’entre-elles semblent comprendre ces actes attentatoires à la liberté. Sans doute le rattachement d’un tel acte aux mesures d’administration judiciaire paraît-il exclu (§1). En revanche, celui-ci peut être partiellement rattaché aux actes juridictionnels (§2) et surtout aux actes de poursuite et d’instruction (§3).

§1 – Un rattachement exclu aux mesures d’administration judiciaire

141. Extrêmement fréquentes, les mesures d’administration judiciaire bénéficient d’un régime juridique particulier. Elles sont insusceptibles de recours à la différence des actes juridictionnels dont il est, en principe, possible de relever appel. Cette singularité n’apporte toutefois aucune indication sur la structure de l’acte, de sorte qu’il apparaît indispensable d’explorer la mesure d’administration judiciaire (A). Seule cette exploration témoignera de l’impossibilité de rattacher l’acte coercitif à ce genre d’actes. Elle seule expliquera aussi la spécificité du régime de cette qualification (B), non sans incidences.

A – L’exploration de la mesure d’administration judiciaire

142. Le législateur a jugé superflu de définir la mesure d’administration judiciaire. Si les Codes de l’organisation judiciaire⁸³³, de procédures civile⁸³⁴ et pénale⁸³⁵ usent de la notion, ils demeurent muets

⁸³² Ces mesures sont aussi appelées « actes d’administration judiciaire », « actes judiciaires d’administration », « actes administratifs judiciaires » ou « actes judiciaires administratifs ». Cette terminologie fluctuante renferme des actes de nature identique. La dénomination de mesure d’administration judiciaire s’impose aujourd’hui dans les textes, en jurisprudence et en doctrine. V. par ex., Cass. civ. 3^{ème}, 20 fév. 2002, Bull. civ., III, n°42 ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2006, Bull. civ., I, n°266 ; Cass. com., 12 juill. 2011, Bull. civ., IV, n°120 ; Cass. crim., 12 mars 2013, Inédit, n°12-83680. Selon certains, cette appellation aurait d’ailleurs l’avantage de distinguer ces mesures des décisions gracieuses : G. WIEDERKEHR, *Justices*, 1995, n°1, chron., p. 237 et s., spéc. p. 246 et 247. TISSIER avait relevé que ces actes d’administration judiciaire « ne se rattachent ni à la juridiction gracieuse ni à la juridiction contentieuse » : V. G. GIUDICELLI-DELAGE, *La motivation des décisions de justice*, Thèse, Poitiers, 2 vol., 1979, p. 76.

⁸³³ Par ex., art. R. 111-7, R. 121-1, R. 212-8, R. 312-9, R. 434-1, R. 552-11, D. 223-6 du C.O.J.

⁸³⁴ Art. 107, 126-3, 129-5, 368, 383, 499, 537, 836, 847-4, 879, 1224, 1237 et 1384 du C.P.C.

⁸³⁵ Art. 43, 83, 83-1, 398, 398-2, 667-1, 702-1, 706-17-1, 710, 712-6 et 723-24 du C.P.P.

sur ses critères de qualification. De son côté, la jurisprudence s'abstient de caractériser la mesure de manière positive. Pourtant, l'étude de la mesure d'administration judiciaire présente un double intérêt. La Cour de cassation exerce un contrôle sur la nature de la décision déferée⁸³⁶. L'absence de liste limitative légale soulève alors des problèmes de qualification⁸³⁷. Cette notion apparaît en outre transversale. Elle se rencontre en droit judiciaire privé comme en procédure pénale. Le contentieux administratif connaît, lui, la notion équivalente de mesure d'administration de la justice⁸³⁸ et celle très proche, de mesure d'ordre intérieur. Les contours de la mesure d'administration judiciaire méritent donc d'être dégagés en droit processuel (1°). D'une part, ils souligneront l'absence de correspondance de l'acte coercitif avec celle-ci. D'autre part, la recherche préalable des critères de la notion permettra de cerner son contenu en procédure pénale (2°).

1°- Contours de la notion en droit processuel

143. Par essence, la mesure d'administration judiciaire se distingue de l'acte juridictionnel⁸³⁹. Précisant son régime juridique, les textes invitent à s'accorder en ce sens. Selon l'article 499 du C.P.C., ces mesures ne bénéficient pas des règles applicables au jugement. L'article 537 de ce code ajoute qu'elles sont insusceptibles de recours⁸⁴⁰. Enfin, celles-ci ne possèdent pas l'autorité de la chose jugée. Pour certains auteurs⁸⁴¹, la qualification recouvrirait deux sortes de mesures d'administration judiciaire : les actes dont l'objet est d'assurer le bon fonctionnement du service dans une juridiction et ceux dont l'objet est d'assurer le bon déroulement de l'instance, également dénommés « actes processuels non juridictionnels »⁸⁴². On a coutume de les regarder comme nécessaires à la bonne administration de la justice. L'effort de classification permet de dissocier les mesures en fonction de leur objet. Mais il n'offre pas de définition de ces décisions. Or, qualifier un acte suppose de rechercher sa substance, ses caractères spécifiques, afin de l'opposer à d'autres. La dichotomie opérée au sein de la catégorie n'emporte donc pas critère⁸⁴³.

⁸³⁶ M. DEGOFFE, E. JEULAND, Les mesures d'administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification, *in* Justice et droits fondamentaux, Etudes J. NORMAND, Litec, 2003, p. 141 et s., spéc. n°17, p. 158.

⁸³⁷ A. PERDRIAU, Les mesures d'administration judiciaire au regard du juge de cassation, *Gaz. pal.*, 2002, doctr., p. 360 et s., not. n°2, p. 360 et n°63, p. 369, regrettant l'omission du législateur.

⁸³⁸ C. GROULIER, Remarques sur la notion de mesure d'administration de la justice, *R.D.P.*, 2011, p. 405 et s. Existant dans la jurisprudence administrative, cette notion n'apparaît cependant pas dans le Code de justice administrative.

⁸³⁹ La doctrine est unanime sur ce point : J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, Domat droit privé, 5^{ème} éd., 2012, n°312 ; G. WIEDERKEHR, Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires, *Mélanges A. RIEG, Bruylant*, 2000, p. 883 et s., spéc. p. 888 et 889 ; A. PERDRIAU, *op. cit.*, n°8, p. 361 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, Dalloz, Hypercours, 3^{ème} éd., 2013, n°181 et 182.

⁸⁴⁰ La règle est identique en procédure pénale : V. J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière pénale*, Dalloz, Dalloz action, 3^{ème} éd., 2011, n°11.61 et s. V. par ex., art. 83, al. 4 du C.P.P.

⁸⁴¹ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, Manuel, 8^{ème} éd., 2013, n°101 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *op. cit.*, n°183 ; G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, Sirey-Dalloz, Université, 17^{ème} éd., 2014, n°217.

⁸⁴² H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Textes de cours par M. CAPEL, Montchrestien, 1973, p. 17.

⁸⁴³ G. WIEDERKEHR l'a déjà constaté dans sa chronique précitée, *Justices*, 1995, n°1, p. 248.

144. La notion laisse transparaître en filigrane le pouvoir discrétionnaire du juge⁸⁴⁴. Assurément, celui-ci peut prendre une mesure d'administration judiciaire d'office⁸⁴⁵ ; et il n'a pas à motiver les raisons qui ont présidé à sa décision⁸⁴⁶. Seulement, la doctrine s'accorde pour reconnaître que le critère des mesures d'administration judiciaire ne consiste pas en l'exercice du pouvoir discrétionnaire⁸⁴⁷, ni au demeurant dans l'impossibilité d'introduire un recours⁸⁴⁸. Notion en apparence rebelle à toute conceptualisation⁸⁴⁹, la jurisprudence a fourni un éclairage instructif à son sujet. Dans un arrêt rendu le 24 mai 1995⁸⁵⁰, la Cour de cassation a souligné que la décision attaquée « était susceptible d'affecter les droits et obligations (de l'employeur), ce dont il découlait qu'elle ne constituait pas une mesure d'administration judiciaire ». Autant dire qu'« à partir du moment où la décision d'un juge affecte l'existence ou le contenu des droits et obligations des parties, elle échappe à la pure administration judiciaire, pour verser dans le juridictionnel avec possibilité de recours »⁸⁵¹. C'est donner une définition négative de la notion. La mesure induit l'idée de neutralité sous ce regard ; elle n'a pas d'incidence sur le procès, du moins sur la substance du litige au fond⁸⁵². Son critère procèderait de l'absence ou de la faiblesse du grief qu'il est susceptible d'occasionner⁸⁵³. Un arrêt rendu par la chambre criminelle en 2001 semble confirmer pareille approche⁸⁵⁴.

⁸⁴⁴ V. Cass. Ass. plén., 24 nov. 1989, D., 1990, jurispr., p. 25, concl. CABANNES ; J.C.P., 1990, II, 21407, note L. CADIET. Dans cet arrêt, est affirmée l'existence du pouvoir discrétionnaire reconnu au juge pour décider ou non du renvoi d'une affaire à une audience ultérieure. Sur l'idée, V. aussi L. CADIET, E. JEULAND, *op. cit.*, note n°114, p. 89 ; M. DEGOFFE, E. JEULAND, *op. cit.*, n°2, n°3 et note n°13, p. 142 et 143 ; A. PERDRIAU, *op. cit.*, n°2 et n°3, p. 360 ; J. BORE, L. BORE, *op. cit.*, n°11.61 et 81.42 ; T. BARTHOUIL, Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé, R.R.J., 1992, p. 343 et s. et p. 619 et s. Sur le discrétionnaire, en général : MICHOU, Etude sur le pouvoir discrétionnaire, L.G.D.J., 1913 ; A. HAURIOU, Le pouvoir discrétionnaire et sa justification, Mélanges R. CARRE DE MALBERG, Sirey, 1933, p. 233 et s. ; J.-C. VENEZIA, Le pouvoir discrétionnaire, L.G.D.J., 1959, Bibl. dr. public, t. 17, préf. J. RIVERO ; A. BENABENT, Le discrétionnaire, Etudes P. MALINVAUD, Litec, 2007, p. 11 et s.

⁸⁴⁵ G. WIEDERKEHR, Le rôle de la volonté (...), *op. cit.*, p. 888.

⁸⁴⁶ G. GIUDICELLI-DELAGE, *op. cit.*, p. 156, 160 et 238 ; A. PERDRIAU, *op. cit.*, n°13, p. 361. Il convient néanmoins de souligner avec T. BARTHOUIL, *op. cit.*, n°129, p. 626, que le pouvoir discrétionnaire et la motivation « ne sont absolument pas antithétiques, bien au contraire ».

⁸⁴⁷ G. WIEDERKEHR, *op. cit.*, p. 889 ; M. DEGOFFE, E. JEULAND, *op. cit.*, n°3, p. 143 ; A. PERDRIAU, *op. cit.*, n°3, p. 360 ; T. BARTHOUIL, *op. cit.*, n°118, p. 620, envisageant le pouvoir discrétionnaire du président de la cour d'assises, prévu à l'article 310 du C.P.P. Dans le cadre de ce pouvoir, les actes accomplis sont souvent des actes d'instruction en vue de rechercher la vérité (audition, expertise, transport sur les lieux...), ils ne se limitent pas à des mesures d'administration judiciaire. V. aussi, la critique de P. HEBRAUD, obs. sur Cass. com., 21 juill. 1952, R.T.D.civ., 1952, p. 537.

⁸⁴⁸ Par ex., M. DEGOFFE, E. JEULAND, *op. cit.*, n°4.

⁸⁴⁹ Il est piquant de constater que les auteurs concèdent souvent les lacunes de leurs propositions pour cerner cette notion : V. J. BORE, L. BORE, *op. cit.*, n°11.61, saisissant la mesure d'administration judiciaire comme celle qui a « simplement pour objet de préparer le prononcé du jugement ». Or, il est possible d'en affirmer autant d'un acte d'information, qui ne tranche pas davantage une contestation ; G. WIEDERKEHR, *op. cit.*, p. 890. Adde, R. GASSIN, Les mesures d'administration judiciaire en procédure pénale, in Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges S. GUINCHARD, Dalloz, 2010, p. 951 et s., spéc. n°4 et 5, p. 952 et 953.

⁸⁵⁰ Cass. soc., 24 mai 1995, Bull. civ., V, n°168.

⁸⁵¹ R. PERROT, obs. sur Cass. soc., 24 mai 1995, R.T.D.civ., 1995, p. 958, spéc. p. 959.

⁸⁵² V. déjà : B. BOULOC, L'acte d'instruction, *op. cit.*, n°112, p. 76 et n°122, p. 81 ; P. HEBRAUD, obs. préc., p. 538.

⁸⁵³ M. DEGOFFE, E. JEULAND, *op. cit.*, n°5 et 6, p. 144 à 146, n°22, p. 164 ; B. BOULOC, *op. cit.*, n°49, p. 31, n°89, p. 60, n°115, p. 77 et n°117, p. 78, soulignant que « la jurisprudence a dégagé la notion d'acte d'administration à propos de mesures ne pouvant en rien préjudicier à l'inculpé ». *Contra* : J. THERON, Mesure d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification, D., 2010, chron., p. 2246 et s., not. p. 2247 à 2250.

⁸⁵⁴ Cass. crim., 22 mai 2001, Inédit, n°00-83794.

145. Ce critère appelle néanmoins une réserve. Indirectement, l'acte peut faire naître un grief⁸⁵⁵. Le juge affecte nécessairement la situation des parties dans leurs rapports processuels lors de l'adoption d'une telle mesure⁸⁵⁶. En revanche, leurs droits et obligations sur le fond restent intacts⁸⁵⁷. Parce qu'elle ne les atteint pas, la décision constitue une mesure d'administration judiciaire. Dès l'instant où une mesure prise par un juge engendre une incidence au fond, elle ne saurait être qualifiée d'administration judiciaire, car « elle perd cette neutralité substantielle qui en est l'un des stigmates »⁸⁵⁸. S'il semble discuté⁸⁵⁹, voire rejeté⁸⁶⁰, le critère retenu a l'avantage d'être commun aux procédures civile, pénale et administrative⁸⁶¹. Il doit donc être préféré au critère de la fonction remplie, selon lequel les mesures d'administration judiciaire seraient les actes pris par le juge dans le cadre de l'administration du service public de la justice⁸⁶². Un rapprochement de cette notion a été opéré avec la mesure d'ordre intérieur du droit administratif⁸⁶³. Elle a même été assimilée à celle-ci⁸⁶⁴. On l'a définie comme « une mesure d'ordre intérieur qui ne tranche pas une prétention et qui ne contribue pas à la recherche des preuves mais qui organise, indépendamment des parties, de manière souvent discrétionnaire le procès comme une mesure d'ordre intérieur organise l'activité administrative »⁸⁶⁵. Son critère demeure « l'absence ou la faiblesse du grief mais qui pour autant modifie l'ordonnement juridique en ayant un effet procédural »⁸⁶⁶. Présentant une similitude manifeste avec la mesure d'ordre intérieur (a) du droit public, la mesure d'administration judiciaire marque une dissociation effective avec l'acte administratif unilatéral (b).

a) Une similitude manifeste avec la mesure d'ordre intérieur

146. A l'image des mesures d'administration judiciaire, les mesures d'ordre intérieur n'ont fait l'objet d'aucune définition positive dans la loi ou la jurisprudence. C'est le juge administratif qui a

⁸⁵⁵ A. PERDRIAU, *op. cit.*, n°61 et 62, p. 368 et 369 ; G. WIEDERKEHR, *op. cit.*, p. 889.

⁸⁵⁶ R. PERROT, obs. préc.

⁸⁵⁷ *Ibid.* ; Adde, B. BOULOC, *op. cit.*, n°111, p. 75, précisant que ces actes n'ont « aucune incidence sur le procès pénal ».

⁸⁵⁸ R. PERROT, obs. préc. ; Rapp., C. BRENNER, Les décisions dépourvues d'autorité de chose jugée, *Procédures*, 2007, Etude n°13, spéc. n°6.

⁸⁵⁹ G. WIEDERKEHR, *op. et loc. cit.* ; A. PERDRIAU, *op. cit.*, n°7, p. 361.

⁸⁶⁰ J. THERON, *op. cit.*, p. 2247 et s., pour qui l'absence de grief est un « critère insuffisant à la qualification des mesures d'administration judiciaire ».

⁸⁶¹ En ce sens, M. DEGOFTE, E. JEULAND, *op. cit.*, n°6, p. 146 ; C. GROULIER, Remarques sur la notion de mesure d'administration de la justice, *op. cit.*, p. 417 et s.

⁸⁶² J. THERON, *op. cit.*, p. 2250. Il s'agit d'une définition fonctionnelle de la mesure d'administration judiciaire.

⁸⁶³ M. DEGOFTE, E. JEULAND, *op. cit.*, n°5, p. 145 ; C. GROULIER, *op. cit.*, p. 412 à 420 ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, Montchrestien-Lextenso, 2^{ème} éd., 2012, n°448.

⁸⁶⁴ *Ibid.* ; B. BOULOC, *op. cit.*, n°42, p. 25, n°49, p. 30, n°53, p. 33, n°117, p. 78 et n°120, p. 81. *Contra* : C. GROULIER, *op. cit.*, p. 421 et s., développant « la singularité de la notion de mesure d'administration de la justice ».

⁸⁶⁵ M. DEGOFTE, E. JEULAND, *op. et loc. cit.* ; C. GROULIER, *op. cit.*, p. 427, a défini les mesures d'administration de la justice comme « des décisions prises par des autorités juridictionnelles à l'occasion d'une instance, pour le bon fonctionnement de la justice, mais qui ne sauraient, matériellement, constituer des actes juridictionnels ».

⁸⁶⁶ M. DEGOFTE, E. JEULAND, *op. cit.*, n°22, p. 164. Rapp., J. CARBONNIER, Vers le degré zéro du droit : *De minimis...*, in *Flexible droit*. Pour une sociologie du droit sans rigueur, L.G.D.J., 10^{ème} éd., 2001, p. 74 et s., not. p. 75. V. toutefois, réservé sur ce critère : R. GASSIN, *op. cit.*, n°5, p. 953, évoquant la difficulté d'y voir « un critère défini, sûr et permanent ».

attribué la qualification de mesure d'ordre intérieur au cas par cas⁸⁶⁷. Cette « catégorie d'actes dont les frontières et le contenu sont mal définis »⁸⁶⁸ soulève, à titre essentiel, un problème de qualification juridique⁸⁶⁹. Elle renvoie à la vie intérieure des administrations publiques⁸⁷⁰, c'est-à-dire aux actes limités à l'univers administratif interne qui tendent à l'aménagement et au fonctionnement du service⁸⁷¹. Traduisant « une sorte de pouvoir de police interne à l'administration » vis-à-vis des agents des services et de leurs usagers⁸⁷², l'ordre intérieur se matérialise par les circulaires⁸⁷³ et directives non réglementaires, les instructions de service et surtout par de véritables décisions individuelles relatives à l'armée, aux établissements d'enseignement et à l'institution pénitentiaire⁸⁷⁴. Cantonnées au bon fonctionnement intérieur d'une administration, ces mesures ne s'adressent pas directement aux administrés et ne les touchent donc qu'indirectement⁸⁷⁵, même si elles peuvent produire des effets externes pour certains usagers⁸⁷⁶.

147. La distinction se fait jour entre la mesure d'ordre intérieur et l'acte administratif unilatéral, souvent dénommé décision exécutoire⁸⁷⁷. Le critère de discrimination s'attache au contenu de l'acte juridique. Seuls les actes renfermant une véritable décision peuvent constituer une décision exécutoire

⁸⁶⁷ V. M. HECQUARD-THERON, De la mesure d'ordre intérieur, A.J.D.A., 1981, p. 235 et s.

⁸⁶⁸ A. COCATRE-ZILGIEN, La nature juridique des mesures d'ordre intérieur en droit administratif français, R.I.S.A., 1958, p. 487 et s.

⁸⁶⁹ J. RIVERO, Les mesures d'ordre intérieur administratives. Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services, Sirey, 1934, n°184, p. 301. Il y aurait intérêt à faire dresser une liste restreinte de ces cas par le législateur : R.-E. CHARLIER, Circulaires, instructions de service et autres prétendues mesures d'ordre intérieur administratives, J.C.P., 1954, I, 1169, spéc. n°29.

⁸⁷⁰ M. HAURIOU, note sous CE, 22 fév. 1918, *Cochet d'Hattecourt*, S., 1921, III, p. 9.

⁸⁷¹ A. DE LAUBADERE, Traité de droit administratif, Tome I, Droit administratif général par Y. GAUDEMET, L.G.D.J., 16^{ème} éd., 2001, n°1342 ; Y. GAUDEMET, Droit administratif, L.G.D.J., Manuel, 20^{ème} éd., 2012, n°633 ; J. RIVERO, *op. cit.*, n°22, p. 44, n°36, p. 68 et 69, n°152, p. 258, formulant cette idée de manière récurrente.

⁸⁷² R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, Montchrestien, Domat droit public, 13^{ème} éd., 2008, n°670 ; J. RIVERO, *op. cit.*, n°41, p. 76.

⁸⁷³ Sur ce point, V. CE, 29 janv. 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, R.D.P., 1955, p. 175, note M. WALINE ; CE, 18 déc. 2002, *Mme Duvignères*, R.F.D.A., 2003, p. 280, concl. P. FOMBEUR et p. 510, note J. PETIT ; Petites affiches, 23 juin 2003, p. 19, note P. COMBEAU ; X. PRETOT, Le régime des circulaires et instructions est-il réductible à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir ? Quelques réflexions à la lumière de la décision *Mme Duvignères*, Mélanges F. MODERNE, Dalloz, 2004, p. 357 et s. V. aussi, Y. GAUDEMET, Remarques à propos des circulaires administratives, Mélanges M. STASSINOPOULOS, Problèmes de droit public contemporain, L.G.D.J., 1974, p. 561 et s.

⁸⁷⁴ R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, *op. cit.*, n°673. D'aucuns dissocient « les documents d'ordre intérieur » et « les mesures d'ordre intérieur » : V. R. ODENT, Contentieux administratif, Les cours de droit, I.E.P. de Paris, 2^{ème} éd., 1981, fasc. III, p. 973 et 981 ; P. DELVOLVE, L'acte administratif, *op. cit.*, n°206, p. 100 ; F. MODERNE, Les mesures d'ordre intérieur et l'institution carcérale, Observations sur une « jurisprudence immobile », obs. sur CE, Ass., 27 janvier 1984, *Caillol*, R.F.D.A., 1984, p. 187, spéc. p. 188. V. C.C., Q.P.C., 25 avril 2014, n°2014-393, *M. Angelo R.*, J.O. du 27 avril 2014, p. 7362, not. cons. 6 et 7 ; Procédures, 2014, comm. n°182, obs. J. BUISSON, censurant l'article 728 du C.P.P., dans sa rédaction postérieure à la loi n°87-432 du 22 juin 1987 et avant sa modification par la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009, le législateur ayant méconnu l'étendue de sa compétence.

⁸⁷⁵ V. C. DEBBASCH, F. COLIN, Droit administratif, Economica, 10^{ème} éd., 2011, p. 351 ; J.-M. AUBY, R. DRAGO, Traité de contentieux administratif, t. II, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 1984, n°1105 ; J. RIVERO, *op. cit.*, n°41, p. 76 et 77.

⁸⁷⁶ P.-L. FRIER, J. PETIT, Droit administratif, L.G.D.J.-Lextenso, Domat droit public, 8^{ème} éd., 2013, n°514.

⁸⁷⁷ A. DE LAUBADERE, *op. cit.*, n°1342 ; C. DEBBASCH, F. COLIN, *op. cit.*, p. 347 et 352 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *op. cit.*, n°514 et 515 ; Y. GAUDEMET, *op. cit.*, n°628 et s. *Contra*, C. EISENMANN, Cours de droit administratif, t. II, *op. cit.*, p. 425 : « En vérité, les mesures d'ordre intérieur en question sont parfaitement des actes administratifs unilatéraux ». Sur la terminologie : P. DELVOLVE, L'acte administratif, *op. cit.*, n°38 à 48, p. 23 à 29, sur l'équivoque de l'expression « décision exécutoire ».

faisant grief⁸⁷⁸. Aussi le juge administratif renie ce caractère à une simple mesure d'ordre intérieur. Il considère qu'elle ne participe pas de la notion d'acte décisoire. La solution consacrée repose sur le postulat qu'un tel acte n'a pas pour résultat de provoquer un grief, ou tout au moins, un grief sérieux⁸⁷⁹. Cette attitude restrictive suscite la critique, car les mesures d'ordre intérieur modifient l'ordonnement juridique⁸⁸⁰. Elles semblent bel et bien présenter le caractère de décisions⁸⁸¹. L'intérêt essentiel de la dichotomie réalisée par le Conseil d'Etat est d'aboutir à une distorsion du régime juridique applicable aux deux mesures. La qualification de la décision conditionne son opposabilité aux administrés et l'ouverture corrélatrice du recours pour excès de pouvoir⁸⁸². En raison de sa faible importance, la mesure d'ordre intérieur reste insusceptible de recours⁸⁸³. Le critère principal de la décision, la faiblesse du grief auquel elle peut donner lieu, vient ainsi justifier la spécificité de son régime juridique, l'irrecevabilité du recours. En appliquant l'adage *de minimis non curat praetor*⁸⁸⁴, le juge refuse d'opérer son contrôle sur ce genre d'actes⁸⁸⁵.

148. Il arrive au juge administratif de réaffirmer son pouvoir d'examen sur les mesures d'ordre intérieur. Il s'estime compétent pour vérifier certaines décisions qui, compte tenu de leur objet et de leur contenu, ne constituent pas de simples mesures d'ordre intérieur⁸⁸⁶. A partir d'un certain seuil de gravité, une décision devient un acte susceptible de faire grief et « le principe de légalité reprend son empire »⁸⁸⁷. Le recours pour excès de pouvoir est recevable « dès que l'objet des mesures dépasse le cercle administratif intérieur pour affecter les droits que les agents tiennent de leur statut ou porter atteinte à leurs prérogatives ou à celles de leur corps »⁸⁸⁸. Cette solution apparaît logique au regard du

⁸⁷⁸ J. WALINE, Droit administratif, Dalloz, Précis, 24^{ème} éd., 2012, n°396 ; R. CHAPUS, Droit administratif général, Tome I, Domat droit public, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, n°679, p. 511 ; P. DELVOLLE, Le droit administratif, Dalloz, Connaissance du droit, Dalloz, 6^{ème} éd., 2014, p. 117 et s.

⁸⁷⁹ R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, *op. cit.*, n°670 ; J.-Y. PLOUVIN, Du possible déclin de la mesure d'ordre intérieur ?, *Rev. adm.*, 1979, p. 49 et s. ; G. BRAIBANT, B. STIRN, Le droit administratif français, Presses de sciences po-Dalloz, Amphi, 7^{ème} éd., 2005, p. 318 et 599 ; J. RIVERO, *op. cit.*, n°39, p. 73.

⁸⁸⁰ *Contra*, P. DELVOLLE, L'acte administratif, *op. cit.*, n°199, p. 97.

⁸⁸¹ L'ensemble de la doctrine l'indique : G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, Droit administratif, Sirey-Dalloz, Université, 12^{ème} éd., 2011, n°823 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *op. cit.*, n°514 : « Leur caractère normateur est incontestable » ; R.-E. CHARLIER, *op. cit.*, n°83 ; J. WALINE, *op. et loc. cit.* ; M. DEGOFFE, E. JEULAND, *op. cit.*, n°6 et n°22 ; R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, *op. cit.*, n°669 ; A. COCATRE-ZILGIEN, *op. cit.*, p. 500 ; J. RIVERO, *op. cit.*, p. 355 et p. 363 à 375. Sur la distinction entre mesures normatives et non normatives, M. HECQUARD-THERON, *op. cit.*, p. 235 et 236.

⁸⁸² En ce sens, G. LIET-VEAUX, note sous CE, 27 juin 1952 et CE, 9 juillet 1952, *Rev. adm.*, 1952, p. 384 (Les actes administratifs qui « ne font pas grief »).

⁸⁸³ V. M. HECQUARD-THERON, *op. cit.*, p. 238 ; C. DEBBASCH, F. COLIN, *op. cit.*, p. 351. Pour une critique : V. ALBANEL, concl. sur TA Strasbourg, 2 juill. 1991, *Théron*, A.J.D.A., 1992, *jurisp.*, p. 77, spéc. p. 78.

⁸⁸⁴ Il signifie que le juge n'a pas à s'occuper des menus litiges, il ne s'occupe pas des affaires insignifiantes. A ce sujet, J. CARBONNIER, *De minimis...*, Mélanges J. VINCENT, Dalloz, 1981, p. 29 et s.

⁸⁸⁵ V. E. LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, t. II, L.G.D.J., 1989 (réimpr.), préf. R. DRAGO, p. 396, émettant des réserves à ce sujet. Par ailleurs, certains y ont vu un déclin du droit, au sens de déclin technique du droit objectif : L. BOY, Réflexions sur l'action en justice, R.T.D.civ. 1979, p. 497 et s., spéc. n°34, p. 508.

⁸⁸⁶ CE, 7 oct. 1994, *Ville de Narbonne / Mme Arditi*, R.F.D.A., 1994, p. 1233 ; R.D.P., 1995, p. 251, concl. H. SAVOIE ; A.J.D.A., 1995, p. 159, obs. M. HECQUARD-THERON.

⁸⁸⁷ J.-M. AUBY, R. DRAGO, Traité de contentieux administratif, *op. cit.*, n°1110 ; J.-M. AUBY, R. DRAGO, Traité des recours en matière administrative, Litec, 1992, n°157.

⁸⁸⁸ Y. GAUDEMET, Droit administratif, *op. cit.*, n°633 ; M. HECQUARD-THERON, *op. cit.*, p. 241 et 244 ; A. COCATRE-ZILGIEN, *op. cit.*, p. 498.

critère essentiel de la mesure d'ordre interne, l'absence de grief. En outre, la jurisprudence a précisé qu'une telle mesure peut engager la responsabilité administrative pour faute⁸⁸⁹. Resté isolé, l'arrêt *Spire* a fait figure d'exception⁸⁹⁰. Il a néanmoins illustré la possibilité d'aménager un contrôle juridictionnel effectif en matière d'ordre intérieur. Notion jumelle de la mesure d'administration judiciaire, la mesure d'ordre intérieur possède des critères de qualification presque identiques⁸⁹¹. A cela, s'ajoute l'absence de formes contraignantes, trait commun aux deux mesures⁸⁹². Celles-ci bénéficient d'un régime analogue, lequel se caractérise, en particulier, par l'irrecevabilité du recours. Il s'avère donc difficile de confondre la mesure d'administration judiciaire avec la décision exécutoire. Elle tend, au contraire, à s'en éloigner.

b) Une dissociation effective avec l'acte administratif unilatéral

149. Traditionnellement, l'acte administratif est appréhendé comme « un acte juridique adopté unilatéralement par une autorité administrative, portant sur l'ordonnement juridique et affectant les droits ou les obligations des tiers sans leur consentement »⁸⁹³. Une formule plus concise peut se substituer à cette définition⁸⁹⁴. L'acte unilatéral serait « un acte mettant des droits ou des obligations au compte de sujets actifs ou passifs, indépendamment du consentement de ceux-ci »⁸⁹⁵. Quelle que soit la définition retenue, l'acte administratif est de nature à faire grief et, en ce sens, il est « l'objectif du recours pour excès de pouvoir »⁸⁹⁶. Pour le caractériser, la jurisprudence se livre à une appréciation purement objective⁸⁹⁷. Elle recherche dans les caractères intrinsèques de l'acte s'il peut causer un grief et non s'il a une incidence effective sur le requérant. Sous cet éclairage, l'acte faisant grief désigne

⁸⁸⁹ CE, 9 juin 1978, *Sieur Spire*, Rec., p. 237 ; A.J.D.A., 1979, jurispr., p. 92, note D. TRUCHET ; Rev. adm., 1979, p. 49, obs. J.-Y. PLOUVIN.

⁸⁹⁰ Le juge administratif a parfois « contourné l'obstacle de l'ordre intérieur carcéral non susceptible de contrôle de légalité pour admettre la responsabilité de l'administration pénitentiaire, alors que pouvait être en cause une mesure d'ordre intérieur », D. BOUJU, Le détenu face aux mesures d'ordre intérieur, R.D.P., 2005, p. 597 et s., spéc. p. 629. V. not., CE, 23 mai 2003, *Mme Chabba*, Dr. adm., 2003, comm. n°207, note M. LOMBARD.

⁸⁹¹ Rapp., P. HEBRAUD, obs. préc., p. 538. Les deux notions ne seraient cependant pas totalement identiques à en croire une doctrine récente, la mesure d'administration judiciaire correspondant à la mesure d'administration de la justice du contentieux administratif, expression qui émerge en jurisprudence (V. par ex., CE, 7 juill. 2000, n°199324 ; CE, 14 déc. 2005, n°285647 ; CE, 8 nov. 2010, n°329384) et qui a été différenciée de la mesure d'ordre intérieur. Cette dernière serait une notion fonctionnelle, tandis que la mesure d'administration de la justice demeurerait une notion conceptuelle (C. GROULIER, *op. cit.*, p. 426 et 427). Les deux notions restent néanmoins très proches et apparaissent comme jumelles.

⁸⁹² V. B. BOULOC, L'acte d'instruction, *op. cit.*, n°113, p. 77 et n°120, p. 81 ; M. DEGOFTE, E. JEULAND, *op. cit.*, n°21, p. 162 et 163 ; J. RIVERO, Les mesures d'ordre intérieur administratives, *op. cit.*, n°39, p. 72 ; D. BOUJU, *op. cit.*, p. 627.

⁸⁹³ P. DELVOLLE, L'acte administratif, *op. cit.*, n°4, p. 11 ; J. WALINE, Droit administratif, *op. cit.*, n°395 ; M. STASSINOPOULOS, Traité des actes administratifs, *op. cit.*, p. 37. C. EISENMANN, in Cours de droit administratif, *op. cit.*, p. 397 et 678 et s., adopte une conception plus large de la notion : « Les actes administratifs unilatéraux sont des actes juridiques qui, étant l'œuvre d'agents administratifs exclusivement, sont portés au compte d'une personne publique ».

⁸⁹⁴ L'auteur de la définition avoue qu'elle accuse « une part de pléonasm », mais c'est pour « insister sur les caractéristiques de la notion » : P. DELVOLLE, *op. cit.*, n°6, p. 12.

⁸⁹⁵ G. DUPUIS, Définition de l'acte unilatéral, Mélanges C. EISENMANN, Cujas, 1975, p. 205 et s., not. p. 213. V. aussi, G. DARCY, La décision exécutoire. Esquisse méthodologique, A.J.D.A., 1994, p. 663 et s.

⁸⁹⁶ Selon l'expression de LAFERRIERE, in Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, *op. cit.*, p. 397.

⁸⁹⁷ V. L. FAVOREU, Du déni de justice en droit public français, Thèse, Paris, 1962, L.G.D.J., 1964, p. 445 et s., not. p. 451.

celui qui affecte l'ordonnancement juridique, qui a des effets juridiques⁸⁹⁸. Ce raisonnement autorise alors le Conseil d'Etat à dissocier la mesure d'ordre intérieur de l'acte administratif unilatéral. Dans l'esprit du juge, celui-ci affiche une différence de nature avec elle⁸⁹⁹. Cette conception repose surtout sur une politique jurisprudentielle, en clair sur l'opportunité⁹⁰⁰. Il est admis qu'une partie des mesures d'ordre intérieur présente « avec les décisions faisant grief une différence qui n'est plus de nature, mais de degré »⁹⁰¹.

150. Depuis longtemps⁹⁰², la Haute juridiction recourt à la notion de mesure d'ordre intérieur pour caractériser les sanctions disciplinaires et mesures coercitives au sein de l'univers carcéral⁹⁰³. Très utile, pareille qualification fonde l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre l'acte attaqué. La sécurité, mission principale du service public pénitentiaire⁹⁰⁴, justifierait un contentieux « fermé »⁹⁰⁵. L'amendement du détenu, finalité d'ordinaire reconnue à la peine privative de liberté⁹⁰⁶, s'efface *a priori* devant les impératifs du maintien de l'ordre⁹⁰⁷. De leur côté, les recours non contentieux se révèlent illusoire⁹⁰⁸. Or, en prévoyant dans son article 13 le droit à un recours effectif, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales envisage la possibilité de contester une sanction administrative de façon efficiente⁹⁰⁹. La Cour de Strasbourg a

⁸⁹⁸ P. DELVOLVE, *op. cit.*, n°54, p. 32 ; J.-M. AUBY, R. DRAGO, *op. cit.*, n°1094 ; N. VAN BONG, *Décision exécutoire et décision faisant grief en droit administratif français*, Thèse, Paris, 1960, qui conclut pourtant, p. 101, que « la décision faisant grief déborde le cadre de la nature des actes et tient également à la personne du requérant. Si la décision concerne l'aspect objectif de l'acte, le grief constitue la condition subjective de l'action » ; C. GROULIER, *op. cit.*, p. 417, notant que « la décision faisant grief revêt deux dimensions. La première est objective : la décision faisant grief présente d'abord un caractère décisoire, en ce sens qu'elle affecte l'ordonnancement juridique – en le modifiant ou en décidant de le maintenir en l'état. La seconde dimension est subjective : la décision faisant grief produit des effets sur la situation juridique et matérielle du requérant, dont les intérêts peuvent ainsi être lésés ».

⁸⁹⁹ Un arrêt illustre bien cette position classique : CE, 8 déc. 1967, *Sieur Kayanakis*, Rec., p. 475 : « Considérant que lesdites décisions constituent des mesures d'ordre intérieur et ne sont, dès lors, pas de la nature de celles qui peuvent être attaquées par la voie du recours pour excès de pouvoir ». L'acte administratif revêt une nature différente de la mesure d'administration judiciaire sous cet angle.

⁹⁰⁰ Dans le même sens : M. DEGOFFE, E. JEULAND, *op. cit.*, n°15, p. 156.

⁹⁰¹ D. TRUCHET, note sous CE, 9 juin 1978, *Sieur Spire*, A.J.D.A., 1979, jurisp., p. 92 ; A. COCATRE-ZILGIEN, *op. cit.*, p. 498. *Adde*, L. FAVOREU, *op. cit.*, p. 455 et s.

⁹⁰² V. déjà, CE, 28 juillet 1932, *Sieur Brunaux*, Rec., p. 816 ; CE, 2 mars 1938, *Sieur Abet*, Rec., p. 224 ; CE, 4 mai 1979, *Comité d'action des prisonniers*, J.C.P., 1979, II, 19242, concl. FRANC.

⁹⁰³ La répression disciplinaire a fait l'objet de nombreux abus et illégalités dans le passé : M. FIZE, *L'impossible contrôle du pouvoir disciplinaire en prison au siècle dernier ?*, Rev. sc. crim., 1988, p. 751 et s. Sur celle-ci, J.-P. CERE, *Les sanctions disciplinaires en prison*, A.J. pénal, 2005, p. 393 et s. ; F. FEVRIER, *La discipline en prison*, R.P.D.P., 2005, p. 148 et s.

⁹⁰⁴ Sur la question : E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, L.G.D.J., 1998, Bibl. dr. public, t. 204, préf. F. CHAUVIN, n°53 et s., p. 30 et s.

⁹⁰⁵ J.-M. AUBY, *Le contentieux administratif du service public pénitentiaire*, R.D.P., 1987, p. 547 et s., spéc. p. 562 ; E. PECHILLON, *op. cit.*, n°551 et s., p. 293 et s., spéc. n°587, p. 312.

⁹⁰⁶ V. P. AMOR, *La réforme pénitentiaire en France*, Rev. sc. crim., 1947, p. 1 et s., spéc. p. 6. En ce sens récemment : décret n°2014-442 du 29 avril 2014 portant application de l'article 29 de la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, J.O. du 2 mai 2014, p. 7550 (activités proposées aux détenus dans le cadre de l'obligation d'activité).

⁹⁰⁷ V. M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu. Essai de droit pénitentiaire*, Logiques juridiques, L'Harmattan, 1998, p. 18 et 23. *Adde*, art. 1^{er} de la loi n°87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, J.O. du 23 juin 1987, p. 6775, ce service participe au maintien de la sécurité publique.

⁹⁰⁸ M. HERZOG-EVANS, *op. cit.*, p. 531 et s. et p. 537 et s. Ce sont les contrôles effectués par le Comité européen pour la prévention de la torture, les recours gracieux et hiérarchiques, etc.

⁹⁰⁹ V. à cet égard, J.-F. FLAUSS, *Le droit à un recours effectif*, l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, R.U.D.H., 1991, p. 326 et s.

justement considéré que la qualification d'« ordre intérieur » d'une mesure répressive constitue une violation du droit protégé par ce texte⁹¹⁰.

151. Dénoncée depuis plusieurs années⁹¹¹, désavouée par le juge européen⁹¹², stigmatisée par la doctrine moderne⁹¹³, la solution opportune du Conseil d'Etat qui se retranche derrière la théorie de l'ordre intérieur pour prononcer l'irrecevabilité de tout recours, n'apparaît plus tenable. Selon la Cour européenne, la justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons⁹¹⁴. Dans l'arrêt *Marie*⁹¹⁵ rendu le 17 février 1995 (et l'arrêt *Hardouin* du même jour pour la punition d'un militaire), le juge administratif opère un revirement remarqué en abandonnant la qualification de mesure d'ordre intérieur pour le placement en cellule de punition. « En raison de sa nature et de sa gravité », la mesure en cause fait grief. Elle doit donc être susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir. La mise en cellule disciplinaire⁹¹⁶, distincte du confinement en cellule ordinaire⁹¹⁷, s'est substituée à cette sanction. Le renversement réalisé par l'arrêt *Marie* s'avère d'autant plus appréciable que des sanctions indirectes s'ajoutent généralement aux sanctions directes⁹¹⁸. Informé d'une mise en cellule disciplinaire, le juge de l'application des peines a la faculté de refuser ou ajourner une permission de sortir, une semi-liberté, une libération conditionnelle, prononcer un retrait de réduction de peine, etc.

152. A partir de 1995, une nouvelle ère s'ouvre au détenu. Le décret n°96-287 du 2 avril 1996⁹¹⁹ institue un droit de recours au profit des détenus contre les sanctions disciplinaires et, parallèlement, la

⁹¹⁰ V. CEDH, 19 déc. 1994, *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi (V.D.S.O.) / Autriche*, n°15153/89. *Adde*, CEDH, 3 avril 2001, *Keenan / Royaume-Uni*, n°27229/95 ; D., 2002, chron., p. 118, note J.-P. CERE.

⁹¹¹ V. entre autres, J.-M. AUBY, *op. cit.*, p. 547.

⁹¹² La France n'avait, certes, jamais été condamnée par le juge européen, mais la décision *V.D.S.O. / Autriche* annonçait un changement imminent. V. not., P. FRYDMAN, concl. sur CE, Ass., 17 fév. 1995, *Marie*, Rec., p. 84, spéc. p. 90.

⁹¹³ J.-P. CERE, Le nécessaire contrôle du pouvoir disciplinaire dans les prisons françaises, *Rev. sc. crim.*, 1994, chron., p. 597 et s., spéc. p. 606 et s. ; J.-P. CERE, Réflexions sur l'isolement disciplinaire en milieu carcéral au regard des droits de l'homme, R.P.D.P., 1994, p. 109 et s., spéc. p. 121 à 123.

⁹¹⁴ En ce sens, CEDH, 24 fév. 1975, *Golder / Royaume-Uni*, n°4451/70 ; CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell / Royaume-Uni*, n°7819/77 et 7878/77 ; CEDH, 9 oct. 2003, *Ezeh et Connors / Royaume-Uni*, n°39665/98 et 40086/98 ; A.J.D.A., 2004, p. 536, obs. J.-F. FLAUSS ; E. VERGES, La Cour européenne des droits de l'homme et la discipline pénitentiaire (à propos de l'arrêt *Ezeh et Connors / Royaume-Uni*), *Dr. pénal*, 2004, Etude n°7.

⁹¹⁵ CE, Ass., 17 fév. 1995, Rec., p. 82 et 85, concl. P. FRYDMAN ; D., 1995, jurispr., p. 381, note N. BELLOUBET-FRIER ; J.C.P., 1995, II, 22426, note M. LASCOMBE et F. BERNARD ; Petites affiches, 28 avril 1995, p. 11, note G. VLACHOS ; Petites affiches, 9 juin 1995, p. 16, note NGUYEN VAN TUONG. L'arrêt déclare recevable le recours d'un détenu contre une mise en cellule disciplinaire (punition de cellule à l'époque) de 8 jours avec sursis. Le juge annule même la sanction, injustifiée par les faits reprochés.

⁹¹⁶ Art. R. 57-7-43 et s. du C.P.P. et les renvois effectués.

⁹¹⁷ Art. R. 57-7-38 et s. du C.P.P. et les renvois effectués.

⁹¹⁸ P. COUV RAT, Le contrôle du juge sur les sanctions disciplinaires du milieu pénitentiaire, *Rev. sc. crim.*, 1995, p. 381 et s., spéc. p. 382 et 383 ; P. COUV RAT, L'originalité du droit disciplinaire dans les prisons, *Arch. pol. crim.*, 2000, n°22, p. 85 et s., not. p. 90 ; M. HERZOG-EVANS, Droit commun pour les détenus, *Rev. sc. crim.*, 1995, p. 621 et s., spéc. p. 631.

⁹¹⁹ J.O. du 5 avril 1996, p. 5260. Ce recours est prévu à l'article D. 250-5 du C.P.P. à l'origine. Il faut désormais se reporter à l'article R. 57-7-32 du C.P.P. Sur ce décret : J. PRADEL, Le nouveau régime disciplinaire des détenus depuis le décret n°96-287 du 2 avril 1996. Une révolution en droit pénitentiaire, *D.*, 1996, chron., p. 319 et s. ; P. COUV RAT, Le régime disciplinaire des détenus depuis le décret du 2 avril 1996, *Rev. sc. crim.*, 1996, p. 709 et s. ; J.-M. LARRALDE, La réforme du régime disciplinaire des détenus, *A.J.D.A.*, 1996, doct., p. 780 et s. ; J.-P. CERE, Le décret du 2 avril 1996 et le nouveau régime disciplinaire applicable aux détenus, *R.F.D.A.*, 1997, p. 614 et s.

notion de mesure d'ordre intérieur n'a de cesse de s'affaiblir⁹²⁰. Confronté à des pressions internes et européennes croissantes⁹²¹, le juge administratif a sensiblement restreint le champ d'application de ces mesures, même si certaines d'entre-elles continuent à être analysées comme des actes insusceptibles de faire grief⁹²². Quelques illustrations peuvent être fournies sans prétendre à l'exhaustivité. Ont été soustraits de cette catégorie et qualifiés d'actes administratifs susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, les conditions dans lesquelles les détenus peuvent acquérir du matériel informatique⁹²³, la mesure portant suppression de l'accès au parloir sans dispositif de séparation et imposant de recevoir les visites dans un parloir muni d'un tel dispositif⁹²⁴, le placement à l'isolement par mesure de protection ou de sécurité⁹²⁵, le placement préventif en cellule disciplinaire et à l'isolement à titre préventif ou provisoire⁹²⁶, la décision de déclassement d'emploi⁹²⁷, celle du transfert d'un détenu d'une maison centrale à une maison d'arrêt⁹²⁸, celle de le soumettre à des rotations de

⁹²⁰ Sur la question, J.-P. CERE, *Droit disciplinaire en prison*, Traité de sciences criminelles, L'Harmattan, 2001, p. 107 à 109 ; C. VIGOUROUX, *La valeur de la justice en détention*, A.J.D.A., 2009, p. 403 et s., spéc. p. 404.

⁹²¹ Le droit européen a joué un rôle primordial en la matière : V. J.-M. LARRALDE, *Les règles pénitentiaires européennes*, instrument d'humanisation et de modernisation des politiques carcérales, R.T.D.H., 2007, p. 993 et s. ; B. BELDA, *L'innovante protection des droits du détenu élaborée par le juge européen des droits de l'homme*, A.J.D.A., 2009, p. 406 et s.

⁹²² V. par ex., CE, 28 fév. 1996, *Fauqueux*, D., 1996, I.R., p. 134 ; Petites affiches, 23 juin 1997, p. 16, note M. HERZOG-EVANS ; Rev. sc. crim., 1997, p. 447, obs. P. PONCELA, à propos de l'isolement carcéral imposé. L'arrêt était conforme à la jurisprudence antérieure (CE, 27 janv. 1984, *Caillol*, Gaz. pal., 16 et 17 mai 1984, p. 11, note X. PRETOT ; Rev. sc. crim., 1984, p. 555, obs. P. COUV RAT, pour une décision de placement en quartier de haute sécurité) et avait été confirmé (CE, 6 juin 2001, *Ségura*, D., 2001, jurisp., p. 2785, note M. HERZOG-EVANS) ; CE, 23 fév. 2000, *Glaziou*, n°155607 ; D., 2001, chron., p. 564, obs. J.-P. CERE, pour un transfert imposé ou refusé ; CE, 12 mars 2003, *Frérot*, D., 2003, jurisp., p. 1585, note E. PECHILLON, à propos de la mise en cellule disciplinaire à titre préventif. La doctrine fustigeait de telles positions, même si elle concédait que « par leur vocation, les prisons sont le lieu de la plus forte coercition en temps de paix » : E. PECHILLON, *Sécurité et droit (...)*, *op. cit.*, n°112, p. 64.

⁹²³ CE, 18 mars 1998, *Druelle*, Rec., p. 98 ; Petites affiches du 4 juin 1999, p. 13, note J.-P. CERE.

⁹²⁴ CAA Bordeaux, 6 juill. 2007, n°05BX00672, Dr. pénal, 2008, comm. n°13, note A. MARON.

⁹²⁵ CE, 30 juill. 2003, *Remli*, D., 2003, jurisp., p. 2331, note M. HERZOG-EVANS ; A.J.D.A., 2003, p. 2090, note D. COSTA. V. B. BOULOC, *Opportunité d'une loi pénitentiaire... pour les détenus*, R.P.D.P., 2005, p. 37 et s., spéc. p. 44. Cette décision était attendu : V. CAA Paris, 5 nov. 2002, *Remli*, D., 2003, jurisp., p. 377, concl. J.-P. DEMOUVEAUX ; J.-P. CERE, E. PECHILLON, *Le contrôle du placement à l'isolement : une nouvelle étape dans la formation du droit pénitentiaire*, R.P.D.P., 2003, p. 389 et s. L'attitude rémissible du Conseil d'Etat n'a pas empêché la condamnation rétrospective de la France par la Cour de Strasbourg sur le fondement de l'article 13 de la Convention : CEDH, 27 janv. 2005, *Ramirez Sanchez / France*, A.J.D.A., 2005, p. 1388, note D. COSTA ; A.J. pénal, 2005, jurisp., p. 121, obs. J.-P. CERE ; P. PONCELA, *L'isolement carcéral sous le contrôle des juridictions administratives et de la Cour européenne des droits de l'homme*, Rev. sc. crim., 2005, chron., p. 390 et s., spéc. p. 393 à 396. *Adde.*, M. MOLINER-DUBOST, *Le point sur la compatibilité du placement à l'isolement des détenus avec l'article 3 de la Conv. EDH*, A.J. pénal, 2007, dossier, p. 160 et s.

⁹²⁶ CE, 17 déc. 2008, n°293786, *Section française de l'observatoire international des prisons*, A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 87, obs. J.-P. CERE ; Dr. pénal, 2009, comm. n°16 (6^{ème} espèce), note A. MARON et M. HAAS ; Procédures, 2009, comm. n°65 (1^{ère} espèce), note S. DEYGAS. Cette décision vient compléter la décision *Remli* précitée (CE, 30 juill. 2003). Elle constitue un revirement de jurisprudence (V. auparavant : CE, 12 mars 2003, *Frérot*, préc.). V. M. GUYOMAR, *La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif*, A.J.D.A., 2009, p. 413 et s., spéc. p. 415.

⁹²⁷ CE, Ass., 14 déc. 2007, n°290420, *Boussouar*, D., 2008, p. 820, note M. HERZOG-EVANS ; D., 2008, pan., p. 1017, obs. J.-P. CERE ; Dr. pénal, 2008, comm. n°25 (1^{ère} espèce), note A. MARON.

⁹²⁸ CE, Ass., 14 déc. 2007, n°290730, *Garde des Sceaux / M. B.*, D., 2008, p. 820, note M. HERZOG-EVANS ; D., 2008, pan., p. 1018, obs. J.-P. CERE ; Dr. pénal, 2008, comm. n°25 (2^{ème} espèce), note A. MARON. Il en va toutefois autrement des décisions d'affectation consécutives à une condamnation, des décisions de changement d'affectation d'une maison d'arrêt à un établissement pour peines ainsi que des décisions de changement d'affectation entre établissements de même nature, sous réserve que ne soient pas en cause des libertés et des droits fondamentaux des détenus (*Ibid.* ; CE, 9 avril 2008, n°308221, Dr. pénal, 2009, comm. n°16 (1^{ère} espèce), note A. MARON). Pour l'affirmation que les décisions de changement d'affectation entre établissements de même nature sont des mesures d'ordre intérieur, sous réserve que ne soient pas en cause des libertés et des droits fondamentaux des détenus : CE, 27 mai 2009, n°322148 ; CE, 3 juin 2009, n°310100, A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 460, obs. M. HERZOG-EVANS.

sécurité⁹²⁹, les fouilles intégrales d'un détenu lors de ses extractions pour comparaître devant les juridictions judiciaires⁹³⁰, l'inscription au registre des « détenus particulièrement signalés » ainsi que son renouvellement⁹³¹, la décision par laquelle un chef d'établissement pénitentiaire fixe les modalités essentielles de l'organisation des visites⁹³², la décision de placement d'un détenu en régime différencié pour être affecté à un secteur dit « portes fermées »⁹³³...

153. Malgré la disparition progressive des mesures d'ordre intérieur en milieu carcéral⁹³⁴, celles-ci ne sont pas encore totalement abandonnées⁹³⁵. « Pour déterminer si une mesure pénitentiaire constitue un acte administratif susceptible de recours pour excès de pouvoir, il y a lieu d'apprécier sa nature et l'importance de ses effets sur la situation des détenus. Le critère de la nature de la mesure recouvre trois séries d'éléments : en premier lieu, son objet ; en deuxième lieu, son caractère ; et, le cas échéant, en troisième lieu, son statut juridique. Le critère des effets de la mesure renvoie aux conséquences qu'elle est susceptible d'entraîner. Celles-ci doivent être appréciées, compte tenu de leur gravité, tant sur le plan juridique que sur le plan strictement matériel – ce qui renvoie aux conditions concrètes de détention »⁹³⁶. A terme, les derniers bastions de l'ordre intérieur devraient disparaître. La coercition et la répression frappant les personnes incarcérées sont de plus en plus encadrées. En témoigne l'amélioration globale du régime des fouilles corporelles par la loi pénitentiaire du 24 novembre

⁹²⁹ CE, Ass., 14 déc. 2007, n°306432, *Payet*, D., 2008, p. 820, note M. HERZOG-EVANS ; D., 2008, pan., p. 1018, obs. E. PECHILLON ; Dr. pénal, 2008, comm. n°25 (3^{ème} espèce), note A. MARON.

⁹³⁰ CE, 14 nov. 2008, n°315622, A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 89, obs. E. PECHILLON ; Dr. pénal, 2009, comm. n°16 (4^{ème} espèce), note A. MARON et M. HAAS ; Procédures, 2009, comm. n°31, note S. DEYGAS.

⁹³¹ CE, 30 nov. 2009, n°318589. Cet arrêt prend en considération la condamnation de la France dans l'affaire *Khider* : CEDH, 9 juill. 2009, *Khider / France*, n°39364/05, A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 372, obs. M. HERZOG-EVANS ; Dr. pénal, 2009, comm. n°129, note A. MARON et M. HAAS ; D., 2010, pan., p. 1378, obs. J.-P. CERE ; Rev. sc. crim., 2010, p. 225, obs. J.-P. MARGUENAUD ; A. TOURE, L'inscription au répertoire des détenus particulièrement signalés. A propos de l'arrêt CEDH, *Khider / France* du 9 juillet 2009, Procédures, 2009, Etude n°11. Certains juges du fond avaient déjà qualifié cette décision d'acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir : V. TA Pau, 30 mars 2009, A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 237, obs. E. PECHILLON. Une circulaire de la garde des Sceaux a enfin actualisé la procédure d'inscription et de maintien au répertoire des détenus particulièrement signalés : V. Circ. n°JUSD1236970C du 15 oct. 2012, B.O. min. Just., 31 oct. 2012 ; Dr. pénal, 2013, comm. n°14, note A. MARON et M. HAAS. Mais le juge administratif se montre peu exigeant quant à la motivation justifiant l'inscription ou le maintien de l'inscription au répertoire D.P.S. : V. CAA Nancy, 2 mai 2013, n°12NC01367 ; D., 2014, pan., p. 1238, obs. M. HERZOG-EVANS.

⁹³² CE, 26 nov. 2010, n°329564, D., 2011, pan., p. 1307, obs. E. PECHILLON.

⁹³³ CE, 28 mars 2011, n°316977, A.J. pénal, 2011, jurisp., p. 408, obs. G. CLIQUENNOIS et M. HERZOG-EVANS ; CE, 6 déc. 2012, n°344995 (même solution pour le maintien sous ce régime).

⁹³⁴ Pour d'autres exemples : CE, 31 oct. 2008, n°293785, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 500, note E. PECHILLON. Cette décision « marque une nouvelle étape dans l'accès du juge au monde carcéral ». (...) La section du contentieux annule (...) les dispositions réglementaires du Code de procédure pénale qui définissent le régime de l'isolement judiciaire au motif que le législateur n'avait pas au préalable organisé de voie de recours contre ces décisions du magistrat chargé de l'instruction » : M. GUYOMAR, Le juge administratif, juge pénitentiaire, Mélanges Y. JEGOUZO, Dalloz, 2009, p. 471 et s., spéc. p. 475 ; CAA Versailles, 5 juin 2012, n°10VE02277 (la mesure restreignant la disponibilité des timbres dont peuvent disposer les détenus, attentatoire au droit de correspondance, n'est pas une mesure d'ordre intérieur) ; CAA Nantes, 27 sept. 2012, n°11NTO1339 (la sanction d'avertissement constitue une décision faisant grief au détenu, susceptible d'être déférée au juge administratif) ; CE, 21 mai 2014, n°359672, *Garde des Sceaux* ; J.C.P., 2014, act., 662, obs. M. TOUZEIL-DIVINA (*idem*). V. aussi, C. RIGAMBERT, Le juge administratif et le milieu carcéral, R.P.D.P., 2011, p. 585 et s., spéc. p. 587 à 589.

⁹³⁵ Pour le même constat : M. GUYOMAR, La justiciabilité (...), *op. cit.*, p. 415. V. par ex., CE, 15 juill. 2010, n°340313 ; CAA Lyon, 12 juill. 2012, n°11LY00838 (opérations de contrôle d'un objet appartenant à un détenu lors de son entrée) ; CE, 13 nov. 2013, n°338720, à propos d'un refus de transfert vers un centre de détention.

⁹³⁶ M. GUYOMAR, *op. cit.*, p. 414 ; C. RIGAMBERT, *op. cit.*, p. 589.

2009⁹³⁷ et, dans une moindre mesure, par un décret du 13 mai 2014⁹³⁸, ou l'ouverture d'un recours en référé en matière de placement en cellule disciplinaire ou de confinement⁹³⁹.

154. Cette dernière possibilité s'est révélée nécessaire, les détenus ayant déjà exécuté leur sanction disciplinaire au moment où le juge administratif est saisi⁹⁴⁰. Aussi, la saisine du juge des référés et la suppression du filtre hiérarchique obligatoire devant le directeur interrégional des services pénitentiaires lorsque le détenu se prévaut d'une suspension de la sanction devant ce juge, méritent approbation. La France s'est d'ailleurs fait condamner sur le fondement de l'article 13 de la Convention, mais pour des procédures antérieures à la loi pénitentiaire⁹⁴¹. Dans un arrêt assez récent, le Conseil d'Etat a jugé la procédure de recours contre le prononcé d'une sanction disciplinaire, notamment en référé, compatible avec les dispositions de ce texte⁹⁴², là où subsistent quelques doutes sur l'effectivité du recours « "en fait" »⁹⁴³. En fin de compte, la mesure d'administration judiciaire présente une similitude patente avec la mesure d'ordre intérieur et se distingue, en conséquence, de l'acte administratif unilatéral. Ce rapprochement demeure bien sûr injustifié, si la mesure d'ordre intérieur constitue en réalité un acte administratif « déguisé ». Longtemps fréquente en droit

⁹³⁷ Art. 57 de la loi n°2009-1436 du 24 nov. 2009 pénitentiaire, J.O. du 25 nov. 2009, p. 20192 ; M. HERZOG-EVANS, *Loi pénitentiaire n°2009-1436 du 24 novembre 2009 : changement de paradigme pénologique et toute puissance administrative*, D., 2010, chron., p. 31 et s., spéc. p. 35, regrettant néanmoins l'admission des investigations corporelles internes « en cas d'un fort peu précis "impératif spécialement motivé" ». Attendue depuis dix ans (V. par ex., M. HERZOG-EVANS, *Une loi pénitentiaire comme unique réponse au problème carcéral ?*, R.P.D.P., 2005, p. 151 et s., p. 159), la loi pénitentiaire n'a pas, globalement, répondu aux attentes de la doctrine.

⁹³⁸ Décret n°2014-477 du 13 mai 2014 relatif à la fouille des personnes détenues et à la délégation de signature du chef d'établissement pénitentiaire, J.O. du 15 mai 2014, p. 8059 ; Procédures, 2014, comm. n°218, obs. J. BUISSON, ajoutant notamment un alinéa à l'article R. 57-7-79 du C.P.P.

⁹³⁹ Art. 726, dernier alinéa, du C.P.P., créé par l'article 91 de la loi n°2009-1436 du 24 nov. 2009 pénitentiaire. Jusqu'à cette loi, le juge administratif l'a écarté : CE, ord. réf., 10 fév. 2004, *Soltani*, n°264182, J.C.P., 2004, II, 10125, note E. MASSAT. V. A. GOUTTENOIRE, *Les droits de l'homme en prison*, R.P.D.P., 2005, p. 107 et s., not. p. 114.

⁹⁴⁰ Ce qui a été dénoncé depuis de nombreuses années : V. D. ARTUS, *A propos des punitions de cellule et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Petites affiches, 5 fév. 1997, p. 24 et s., spéc. p. 26 et 27 ; J.-P. CERE, *L'influence du droit européen sur le droit de l'exécution des peines*, R.P.D.P., 2005, p. 263 et s., spéc. p. 272 ; J.-P. CERE, *Les sanctions disciplinaires (...)*, *op. cit.*, p. 398. Dans ces conditions, le recours pour excès de pouvoir ne présente guère d'efficacité, car « l'acte annulé a beau être entièrement "effacé", le juge ne peut empêcher qu'il ait produit certains effets, parfois même tous ses effets, et seule la science-fiction admet que l'on remonte le cours du temps » : J. MASSOT, *Portée et conséquences de l'annulation par le juge d'un acte administratif*, E.D.C.E., 1979-1980, n°31, p. 111 et s., spéc. p. 116. Sur le constat de cette carence générale : J. RIVERO, *Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits*, Mélanges J. DABIN, Bruylant, 1963, p. 563 et s., spéc. n°19, p. 572 ; J. RIVERO, *Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir*, D., 1962, chron., p. 37 et s.

⁹⁴¹ CEDH, 20 janv. 2011, *Payet / France*, n°19606/08, §127 à 134 ; A.J. pénal, 2011, jurisp., p. 88, obs. M. HERZOG-EVANS ; D., 2011, p. 380, obs. S. LAVRIC et D., 2011, p. 643, note J.-P. CERE ; J.C.P., 2011, 914, n°17, obs. F. SUDRE ; Rev. sc. crim., 2011, p. 718, obs. J.-P. MARGUENAUD ; CEDH, 3 nov. 2011, *Cocaign / France*, n°32010/07, §79 à 81 et CEDH, 10 nov. 2011, *Plathey / France*, n°48337/09, §70 à 79 ; A.J. pénal, 2011, jurisp., p. 605, obs. J.-P. CERE ; J.C.P., 2012, 87, spéc. n°2, obs. F. SUDRE ; Rev. sc. crim., 2012, p. 263, obs. J.-P. MARGUENAUD ; R.P.D.P., 2012, p. 182, obs. P. BEAUVAIS.

⁹⁴² CE, 28 déc. 2012, *Théron*, n°357494 ; D., 2013, pan., p. 1313, obs. J.-P. CERE.

⁹⁴³ V. J.-P. CERE, obs. sur CE, 28 déc. 2012, *Théron*, n°357494, D., 2013, pan., p. 1314. En l'absence de modification par la loi pénitentiaire, le Conseil d'Etat continue à rejeter les recours en référé au motif que la condition d'urgence n'est pas remplie, même lorsque l'intéressé a fait l'objet de plusieurs mesures successives de placement en cellule disciplinaire : V. CE, ord. réf., 22 avril 2010, n°338662 ; A.J. pénal, 2010, jurisp., p. 299, obs. E. PECHILLON. Il n'est donc pas certain que la procédure de recours contre les sanctions disciplinaires soit conforme aux exigences de l'article 13 de la Convention, ce que le juge européen devra trancher. Rapp., sur les critères d'invocation de la condition d'urgence pour contester en référé un placement initial à l'isolement : CE, 23 avril 2014, n°378085 ; R.P.D.P., 2014, p. 393, obs. J.-P. CERE.

pénitentiaire, l'hypothèse tend à disparaître de manière progressive⁹⁴⁴. Les sanctions et les mesures les plus coercitives décidées en prison ressortissent à la matière pénale au sens européen⁹⁴⁵. Elles n'appartiennent pas à la procédure pénale *stricto sensu*. Il n'empêche que ce détour par le droit processuel a été inévitable afin de mieux cerner la notion de mesure d'administration judiciaire. Il semble davantage aisé d'identifier à présent son contenu en procédure pénale.

2°- Contenu de la notion en procédure pénale

155. Les mesures d'administration judiciaire servent la bonne administration de la justice pénale. Multiples et variées, elles couvrent un domaine étendu. Ainsi le parquet n'ignore pas ces actes (a). Néanmoins, ils émanent surtout des juges. Ils se manifestent donc de manière presque exclusive au cours de l'information (b) et lors de la phase de jugement (c).

a) Les principales mesures d'administration judiciaire adoptées par le ministère public

156. Il ressort de la loi et la jurisprudence que le classement sans suite constitue, en premier lieu, un de ces actes de pure administration. Maître de l'opportunité des poursuites selon l'article 40 du C.P.P., le procureur de la République apprécie la suite à donner aux plaintes et dénonciations conformément aux dispositions de l'article 40-1 de ce code⁹⁴⁶. Il peut prononcer le classement sans suite de la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient. Cette pratique est traditionnellement analysée comme une mesure d'administration judiciaire, insusceptible de recours⁹⁴⁷. C'est refuser de lui conférer un caractère juridictionnel et, par suite, de lui reconnaître l'autorité de la chose jugée. La mesure demeure provisoire et révoquant tant que la prescription de l'action publique n'est pas acquise⁹⁴⁸. Jouissant d'une indépendance vis-à-vis des particuliers lorsqu'il

⁹⁴⁴ V. aussi, sur cette réduction de la catégorie des mesures d'ordre intérieur, J.-P. CERE, La mutation du droit pénitentiaire, in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 241 et s., spéc. p. 245 à 248.

⁹⁴⁵ V. J.-P. CERE, L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le procès disciplinaire en prison, J.C.P., 2001, I, 316, n°10 à 17 ; L. DE GRAEVE, Pour une approche globale de la discipline pénitentiaire, R.P.D.P., 2005, p. 117 et s., not. p. 138 et s. ; *Adde*, sur les critères de la matière pénale : M. DEGOFFE, Droit de la sanction non pénale, *Economica*, 2000, n°353 et s., p. 208 et s.

⁹⁴⁶ Sur ce point : L. SIMMAT-DURAND, Le parquet et l'opportunité des poursuites, *Gaz. pal.*, 1996, doct., p. 649 et s. Cette règle ancienne a été consacrée sous l'empire du C.I.C. par une interprétation large de l'article 47 : *Cass. crim.*, 8 déc. 1826, *Bull. crim.*, n°250. V. aussi, M. MANGIN, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, t. I, 3^{ème} éd. par A. SOREL, 1876, L. LAROSE, Paris, n°14 et s., p. 15 et s.

⁹⁴⁷ *Cass. crim.*, 6 juin 1952, *Bull. crim.*, n°152 ; *Cass. crim.*, 5 déc. 1972, *Bull. crim.*, n°375 ; *Rev. sc. crim.*, 1973, p. 716, obs. J. ROBERT ; *Cass. crim.*, 12 mai 1992, *Bull. crim.*, n°186 ; D., 1992, *jurisp.*, p. 427, note D. MAYER ; *Rev. sc. crim.*, 1992, p. 606, obs. A. BRAUNSCHWEIG. *Adde*, *Cass. civ.* 2^{ème}, 30 sept. 1981, *Bull. civ.*, II, n°174 ; *Cass. soc.*, 8 janv. 1998, *Inédit*, n°95-42003. En doctrine, V. B. BOULOC, L'acte d'instruction, *op. cit.*, n°95, p. 64 ; M.-L. RASSAT, Le ministère public entre son passé et son avenir, L.G.D.J., 1967, *Bibl. sc. crim.*, t. 5, préf. R. VOUIIN, n°300, p. 224 et n°302, p. 225 ; A. VITU, Le classement sans suite, *Rev. sc. crim.*, 1947, p. 505 et s. ; M. DEGOFFE, E. JEULAND, *op. cit.*, n°20, p. 162 ; R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. II, *op. cit.*, n°329 ; A. GLESENER, Le classement sans suite et l'opportunité des poursuites, R.D.P.C., 1972-1973, n°4, p. 353 et s., spéc. p. 358 ; W. JEANDIDIER, note sous *Cass. crim.*, 9 déc. 1981 et 9 mars 1983, D., 1983, *jurisp.*, p. 352, spéc. p. 356.

⁹⁴⁸ F. GOYET, Le ministère public en matière civile et en matière répressive et l'exercice de l'action publique, Sirey, 3^{ème} éd. par M. ROUSSELET et M. PATIN, 1953, p. 341 ; H. CORBES, De l'autorité des décisions de classement de la plainte en

décide de classer la procédure⁹⁴⁹, le ministère public doit aviser les plaignants et les victimes si elles sont identifiées, ainsi que les personnes ou autorités mentionnées à l'article 40 du C.P.P., en leur indiquant « les raisons juridiques ou d'opportunité » qui justifient sa décision⁹⁵⁰. Le classement sans suite s'éloigne alors de la qualification d'« acte parfaitement discrétionnaire » et par essence arbitraire », attribuée par la doctrine⁹⁵¹. Certaines garanties doivent l'entourer afin d'éviter des classements abusifs, constitutifs de dénis de justice⁹⁵².

157. L'affaiblissement de la qualification de mesure d'administration judiciaire du classement sans suite possède une autre cause. La personne, qui a dénoncé des faits au procureur de la République⁹⁵³, a la possibilité de former un recours auprès du procureur général contre la décision de classement sans suite⁹⁵⁴. Ce magistrat peut enjoindre à son subordonné d'engager des poursuites⁹⁵⁵. S'il estime le recours infondé, il en informe l'intéressé. Procédant d'une volonté de réduire les classements sans suite⁹⁵⁶, ce recours, parfois jugé insuffisant⁹⁵⁷, ne suffit pas à dénaturer cette décision et à la regarder comme un acte juridictionnel⁹⁵⁸. Reste qu'il affaiblit la qualification de mesure d'administration judiciaire, eu égard à l'absence de voie de recours qui s'y attache en principe⁹⁵⁹. Par ailleurs, l'article 695-24, 1° du C.P.P. tend à faire produire au classement sans suite un effet analogue à l'acte de poursuite⁹⁶⁰. Selon ce texte, l'exécution du mandat d'arrêt européen peut être refusée lorsque la personne recherchée « fait l'objet de poursuites devant les juridictions françaises ou si celles-ci ont décidé de ne pas engager les poursuites ou d'y mettre fin »⁹⁶¹.

matière de dénonciation calomnieuse, Gaz. pal., 1944, doct., p. 22 ; Cass. crim., 12 mai 1992, préc. Rapp., l'affaire *Krombach*, jugeant que la décision étrangère de classement sans suite n'a pas valeur de jugement définitif et ne lie pas la cour d'assises : Cass. crim., 2 avril 2014, n°13-80474, E.C.P.B. ; A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 365, obs. J. LELIEUR ; D., 2014, pan., p. 1737, obs. J. PRADEL.

⁹⁴⁹ V. déjà, R. DEMOGUE, note sous Cass. crim., 8 déc. 1906, *Laurent-Atthalin*, S., 1907, I, p. 377 ; Cass. crim., 6 juill. 1982, Bull. crim., n°181 ; Cass. crim., 9 mars 1983, Bull. crim., n°75 ; D., 1983, jurisp., p. 352, note W. JEANDIDIER.

⁹⁵⁰ Art. 40-2, al. 2 du C.P.P.

⁹⁵¹ W. JEANDIDIER, note préc., p. 356.

⁹⁵² V. J. VOLFF, La privatisation rampante de l'action publique, Procédures, 2005, Etude n°1, spéc. n°3. C'est la raison pour laquelle la partie lésée peut déclencher l'action publique en déposant une plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction : CA Montpellier, 24 mars 1851, S., 1851, II, p. 563 ; Cass. crim., 8 déc. 1906, *Laurent-Atthalin*, préc. L'article 1^{er}, al. 2 du C.P.P. prévoit aujourd'hui la mise en mouvement de l'action publique par la partie lésée.

⁹⁵³ Cette expression traduit une certaine privatisation de l'action publique. Elle témoigne du mouvement de privatisation qui gagne l'ensemble du procès pénal : V. X. PIN, La privatisation du procès pénal, Rev. sc. crim., 2002, p. 245 et s.

⁹⁵⁴ Art. 40-3 du C.P.P., ajouté par la loi du 9 mars 2004. B. DE LAMY, La loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (2^{ème} partie) : efficacité et diversification de la réponse pénale, D., 2004, chron., p. 1982 et s., spéc. p. 1983 et 1984 ; B. BOULOC, Rev. sc. crim., 2004, chron., p. 675 et s., spéc. p. 677.

⁹⁵⁵ Il ne saurait cependant se substituer au procureur de la République en vertu des pouvoirs propres des chefs de parquet.

⁹⁵⁶ En ce sens, J. PRADEL, Vers un « aggiornamento » des réponses de la procédure pénale à la criminalité. Apports de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II. Première partie, J.C.P., 2004, I, 132, n°4 et n°10 à 12. Avant la réforme opérée par la loi du 9 mars 2004, V. F. FELTZ, La nouvelle action publique, R.P.D.P., 2003, p. 461 et s., spéc. p. 470.

⁹⁵⁷ J. VOLFF, *op. cit.*, n°4, p. 7.

⁹⁵⁸ Dans le même sens : R. GASSIN, Les mesures d'administration judiciaire (...), *op. cit.*, n°8, p. 955.

⁹⁵⁹ V. également, R. GASSIN, *op. et loc. cit.*

⁹⁶⁰ Sur la question, R. GASSIN, *op. cit.*, n°9, p. 955. Il en va différemment en « droit commun » : V. Cass. crim., 12 mai 2009, Bull. crim., n°89 ; Cass. crim., 20 juin 2012, Bull. crim., n°156.

⁹⁶¹ Rapp., art. L. 3213-7 du C.S.P., modifié par la loi n°2013-869 du 27 septembre 2013, qui, en matière d'admission d'office en soins psychiatriques, prévoit le classement sans suite à côté de la décision d'irresponsabilité pénale ou du jugement ou arrêt de déclaration d'irresponsabilité pénale sur le fondement de l'article 122-1 du C.P.

158. La suspension ou le retrait de l'habilitation des O.P.J. semble constituer, en deuxième lieu, une mesure d'administration judiciaire. Aux termes de l'article 13 du C.P.P., la police judiciaire est placée sous la surveillance du procureur général. L'autorité du magistrat se manifeste par la délivrance, la suspension et le retrait de l'habilitation à exercer les attributions attachées à la qualité d'O.P.J. Instauré par une loi du 9 juillet 1966 et un décret du 28 septembre 1966, ce système a été conçu comme purement discrétionnaire⁹⁶². Une loi du 6 août 1975, appuyée par un décret du 31 décembre 1975⁹⁶³, est venue le compléter en insérant les articles 16-1 à 16-3 dans le C.P.P. La nature des décisions de suspension ou de retrait de l'habilitation d'un O.P.J. n'apparaît pas dans les textes. Se conformant aux conclusions de son avocat général, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a précisé que « l'arrêté motivé du procureur général prononçant le retrait de l'habilitation d'un O.P.J. a le caractère d'un acte administratif exécutoire de plein droit dès qu'il a été procédé à sa notification à l'intéressé »⁹⁶⁴. Quelques années plus tard, la chambre criminelle a énoncé que ces mesures, « qui ont essentiellement pour objet d'assurer le bon fonctionnement de la police judiciaire, sont des mesures d'administration judiciaire »⁹⁶⁵.

159. Qualifier ces décisions de mesures d'administration judiciaire apparaît sinon inexact, du moins contestable. Il y a, là, une confusion avec l'acte administratif individuel. La suspension et *a fortiori* le retrait d'habilitation demeurent des actes susceptibles de faire grief à l'O.P.J.⁹⁶⁶. Insatisfait de la décision rendue par le procureur général, celui-ci bénéficie d'un recours gracieux selon l'article 16-1 du C.P.P. Il dispose ensuite d'un recours contentieux devant une commission composée de trois magistrats du siège de la Cour de cassation⁹⁶⁷. En vertu de l'article 16-3 du C.P.P., tel que réécrit par la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures⁹⁶⁸, la commission statue par une décision motivée⁹⁶⁹. Celle-ci peut soit annuler la décision ou la confirmer, soit transformer le retrait en suspension ou réduire la durée de la suspension⁹⁷⁰. L'intéressé peut former, en tout cas, un pourvoi en cassation pour violation de la loi à l'encontre de la décision de la commission⁹⁷¹. En théorie, aucun recours contentieux n'est possible contre une mesure

⁹⁶² V. H. MATSOPOULOU, Les enquêtes de police, L.G.D.J., 1996, Bibl. sc. crim., t. 32, préf. B. BOULOC, n°1069, p. 852.

⁹⁶³ Art. R. 15-2 et R. 15-6 du C.P.P. (décision de suspension ou de retrait) ; Art. R. 15-7 à R. 15-16 du C.P.P. (procédure). Il a été signalé que « les modifications apportées (...) n'ont pas porté atteinte au caractère discrétionnaire de ces mesures » : A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, Le droit de la police, *op. cit.*, n°378, p. 207.

⁹⁶⁴ Cass. Ass. plén., 1^{er} juill. 1994, D., 1994, jurispr., p. 445, concl. M. JEOL ; B.I.C.C., 15 sept. 1994, p. 11 et s. et p. 17 et s. ; Dr. pénal, 1994, comm. n°244, note A. MARON.

⁹⁶⁵ Cass. crim., 13 janv. 1998, Bull. crim., n°14 ; D., 1998, I.R., p. 81, écartant la qualification de sanction amnistiable.

⁹⁶⁶ En ce sens aussi : H. MATSOPOULOU, *op. et loc. cit.*

⁹⁶⁷ Art. 16-2 du C.P.P.

⁹⁶⁸ J.O. du 13 mai 2009, p. 7920.

⁹⁶⁹ Il s'agit d'une évolution. Avant l'adoption de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009, l'article 16-3 du C.P.P. dispose que « la commission statue par une décision non motivée ». La Cour de cassation (Cass. Ass. plén., 1^{er} juill. 1994, préc.) a considéré que la commission ne statue ni sur des contestations relatives à des droits ou des obligations de caractère civil, ni sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale et ses décisions n'ont pas à être motivées en vertu de la loi. Dès lors, l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne trouve pas à s'appliquer.

⁹⁷⁰ Art. R. 15-14 du C.P.P.

⁹⁷¹ Art. R. 15-16 du C.P.P.

d'administration judiciaire puisqu'elle ne saurait faire grief ou cause, au plus, un grief de faible importance. La pluralité des voies de contestation ouvertes à l'O.P.J. montre la vraie nature de la suspension ou du retrait d'habilitation. Il s'agit, en réalité, d'une mesure quasi-disciplinaire⁹⁷², voire d'une sanction disciplinaire⁹⁷³, mais non d'une mesure d'administration judiciaire. Face au silence des textes sur ce point⁹⁷⁴, sa qualification idoine reste celle d'acte administratif.

160. En troisième lieu, la loi du 9 mars 2004 a ajouté un deuxième alinéa à l'article 43 du C.P.P. Il autorise la délocalisation de l'affaire avant même qu'une juridiction soit saisie, par exemple en cours d'enquête. Jugé conforme à la Constitution⁹⁷⁵, l'article 43, alinéa 2, du C.P.P. prend soin de préciser *in fine* que la décision du procureur général constitue une mesure d'administration judiciaire qui n'est susceptible d'aucun recours. Le dépaysement de l'affaire concerne une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, mise en cause comme auteur ou victime, et qui, de par ses fonctions ou sa mission, est habituellement en relation avec les magistrats ou fonctionnaires de la juridiction⁹⁷⁶. Le procureur général peut d'office, sur proposition du procureur de la République et à la demande de l'intéressé, transmettre la procédure au procureur auprès du tribunal de grande instance le plus proche du ressort de la cour d'appel. Cette juridiction devient territorialement compétente pour connaître l'affaire. Avant l'intervention du législateur en 2004, dont la finalité est de préserver l'impartialité du magistrat, une telle délocalisation ne peut s'opérer qu'après la mise en mouvement de l'action publique : il faut former une requête en dessaisissement pour bonne administration de la justice devant la chambre criminelle de la Cour de cassation.

b) Essor de la mesure d'administration judiciaire au cours de l'information

161. L'ouverture d'informations judiciaires suppose de distribuer les affaires entre les magistrats instructeurs. Cette répartition recèle des actes d'administration (α). Une fois choisi, le juge d'instruction rend certaines décisions dépourvues de caractère juridictionnel. Celles-ci peuvent revêtir la forme d'ordonnances administratives (β). Enfin, la Chambre de l'instruction adopte aussi des mesures d'administration judiciaire (γ).

⁹⁷² M. JEOL, concl. préc., p. 448.

⁹⁷³ J. BORE, L. BORE, *op. cit.*, n°11.67. Rapp., A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *op. cit.*, n°100, p. 52 et n°379, p. 208.

⁹⁷⁴ Dans ses conclusions précitées, l'avocat général JEOL affirme : « Malgré les correctifs apportés en 1975 à la loi de 1966, les dispositions qui régissent l'habilitation des O.P.J. (...) comportent bien des ambiguïtés et des insuffisances, notamment en ce qui concerne la nature exacte des mesures prononcées et la mise en œuvre du recours contentieux » (p. 445).

⁹⁷⁵ C.C., Q.P.C., 22 juill. 2011, n°2011-156, M. Stéphane P., J.O. du 23 juill. 2011, p. 12655 (conformité au principe d'égalité).

⁹⁷⁶ En clair, un magistrat, un avocat, un officier public ou ministériel, un fonctionnaire de la police nationale, un gendarme...

α) Les actes d'administration liés à la répartition des affaires à instruire

162. Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, la répartition des affaires entre les juges d'instruction d'un même tribunal est l'apanage du ministère public⁹⁷⁷. Seul le parquet, qui effectue la saisine du magistrat, a le pouvoir de désigner le juge chargé de l'information ou celui qui le remplace en cas d'empêchement ou de nomination à un autre poste⁹⁷⁸. Quel que soit le moment de son intervention, cette désignation constitue une mesure d'ordre intérieur⁹⁷⁹. Elle soulève surtout des interrogations sur l'indépendance du juge⁹⁸⁰. Le Code de procédure pénale a apporté un remède⁹⁸¹. Son article 83 précise que le président du tribunal de grande instance, ou son remplaçant, désigne pour chaque information, le juge qui en sera chargé⁹⁸². La décision du président prend la forme d'une ordonnance. La jurisprudence a été invitée à se prononcer sur la nature de cet acte. S'agit-il encore d'une mesure d'administration judiciaire ou d'un acte touchant à l'organisation des juridictions ?

163. La Cour de cassation a beaucoup hésité. A l'origine, elle considère les modalités de désignation du magistrat instructeur comme des formalités d'ordre administratif, dont les irrégularités ne sauraient entraîner une nullité substantielle de la procédure⁹⁸³. Puis elle estime que l'irrespect du formalisme prévu par l'article 83 du C.P.P. provoque la nullité de la désignation du juge et donc la procédure subséquente⁹⁸⁴. Dans un arrêt de 1976⁹⁸⁵, la chambre criminelle revient à sa position antérieure. Mais l'arrêt rendu le 3 avril 1979⁹⁸⁶ opère un nouveau revirement pour s'aligner sur la solution dégagée en 1971. Cette décision a été confirmée à de multiples reprises⁹⁸⁷. La Cour de

⁹⁷⁷ Circ. min. Just., 23 juill. 1856, Rec. officiel, t. 2, p. 352 ; Cass. crim., 22 avril 1875, D.P., 1876, I, p. 43 ; S., 1875, I, p. 283 ; Cass. crim., 26 janv. 1907, D.P., 1911, I, p. 289, note G. LE POITTEVIN ; F. HELIE, Pratique criminelle des cours et tribunaux, t. I, Lib. Techniques, 5^{ème} éd. par J. BROUCHOT, 1951, n°135, p. 86 ; H. DONNEDIEU DE VABRES, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, Sirey, 3^{ème} éd., 1947, n°1218, p. 699.

⁹⁷⁸ Comme l'a fait remarquer B. BOULOC, *in* L'acte d'instruction, *op. cit.*, n°105, p. 71, « il n'est pas possible (...) de dissocier le problème du remplacement du juge d'instruction de celui du choix du juge » ; V. J. MARQUISSET, Manuel pratique de l'instruction, Sirey, 1950, préf. M. ROUSSELET, n°4, p. 13.

⁹⁷⁹ CA Paris, 4 juill. 1888, D.P., 1890, II, p. 200 ; CA Paris, 7 déc. 1898, S., 1901, II, p. 305, note J.-A. ROUX.

⁹⁸⁰ Sous le C.I.C., le juge d'instruction a la qualité d'O.P.J. et reste placé sous la surveillance du procureur général, qui peut décider d'une sanction disciplinaire. Sa notation relève aussi du procureur général. Pour son avancement, il a intérêt à déférer aux réquisitions du parquet. Le choix du magistrat instructeur est donc « stratégique » et certains ont dénoncé les modalités de sa désignation : V. par ex. J.-A. ROUX, note sous CA Paris, 7 déc. 1898, S., 1901, II, p. 305.

⁹⁸¹ *Contra*, P. BRETAUDEAU, La désignation du juge d'instruction, Petites affiches, 12 août 1992, p. 30 et s., 14 août 1992 (suite), p. 14 et s., 17 août 1992 (fin), p. 4 et s., pour qui le président de la chambre de l'instruction demeure l'autorité idoïne pour procéder à la répartition des affaires à instruire.

⁹⁸² Il subsiste des dérogations. En cas d'infraction flagrante, si le procureur et le juge d'instruction se trouvent en même temps sur les lieux, le procureur peut ouvrir une information dont est saisi le juge présent (art. 72 du C.P.P.). V. aussi, art. D. 31 du C.P.P. et les deux hypothèses prévues au 1° et 2°.

⁹⁸³ Cass. crim., 5 mai 1960, Bull. crim., n°246 ; J.C.P., 1960, II, 11735, obs. L. DEPAULE ; Cass. crim., 4 avril 1962, Bull. crim., n°161.

⁹⁸⁴ Cass. crim., 13 mai 1971, Bull. crim., n°158.

⁹⁸⁵ Cass. crim., 29 avril 1976, Bull. crim., n°134 ; Rev. sc. crim., 1977, p. 116, obs. J. ROBERT.

⁹⁸⁶ Cass. crim., 3 avril 1979, Bull. crim., n°135 ; Gaz. pal., 1980, jurispr., p. 55, note P.-L. G. ; V. J. BELOT, L'ordre public et le procès pénal. Etude sur l'ordre public procédural, Thèse, Nancy, 1980, p. 113 et 114.

⁹⁸⁷ Cass. crim., 17 avril 1980, Bull. crim., n°109 ; J.C.P., 1981, II, 19632, note W. JEANDIDIER ; Cass. crim., 10 mai 1983, Bull. crim., n°136 ; J.C.P., 1984, II, 20276, obs. P. CHAMBON ; Cass. crim., 22 oct. 1984, J.C.P., 1985, IV, p. 5.

cassation fait dans l'ensemble une application nuancée des articles 83 et 84 du C.P.P.⁹⁸⁸. Une loi n°85-1303 du 10 décembre 1985 a permis au président d'établir un tableau de roulement pour désigner le juge chargé de l'instruction. Elle ne change pas la nature de l'acte de désignation. L'Assemblée plénière consacre, peu après, la jurisprudence de la chambre criminelle : l'ordonnance relève de l'organisation judiciaire et ne constitue pas un simple acte d'administration⁹⁸⁹.

164. Une loi n°89-461 du 6 juillet 1989 vient imposer le tableau de roulement comme mode de désignation du magistrat instructeur, soit un mécanisme automatique de répartition des affaires à instruire. La Cour de cassation affirme alors que les modalités de désignation et de remplacement du juge d'instruction sont « des actes d'administration judiciaire dont les irrégularités ne sauraient entraîner une nullité de la procédure ni donner ouverture à cassation »⁹⁹⁰. La loi du 4 janvier 1993 consacre cette solution, mais supprime le tableau. Elle qualifie de mesures d'administration judiciaire les désignations de l'article 83 du C.P.P. Rétabli par la loi du 24 août 1993, le tableau recouvre son caractère facultatif⁹⁹¹. Le président du tribunal peut établir le document comportant un tour spécifique pour tenir compte de la spécialisation des juges⁹⁹². En pratique, un tableau de roulement semble mis en place dans tous les tribunaux de grande instance où siègent plusieurs juges d'instruction. Il a été rappelé que la désignation et le remplacement du juge d'instruction sont des mesures d'administration judiciaire, dont les parties ne sauraient discuter ni la régularité ni l'existence⁹⁹³. Mais seul le président du tribunal (ou le magistrat qui le remplace) a compétence pour désigner, pour chaque information, le juge qui en est chargé, le parquet ne pouvant se substituer à lui. Dans le cas contraire, la procédure est irrégulière⁹⁹⁴. Instaurant des pôles de l'instruction et la co-saisine, la loi n°2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale⁹⁹⁵ a souhaité développer la collégialité de l'instruction. Composé de trois magistrats instructeurs dont un magistrat du premier grade exerçant les fonctions de juge coordonnateur, ce collège devait entrer en vigueur au 1^{er} janvier 2010 selon la

⁹⁸⁸ Par ex., Cass. crim., 24 janv. 1984, Bull. crim., n°30 (absence de nullité) ; Cass. crim., 20 août 1986, Bull. crim., n°244.

⁹⁸⁹ Cass. Ass. plén., 17 juin 1988, D., 1989, jurispr., p. 17, concl. N. PRADAIN.

⁹⁹⁰ Cass. crim., 4 déc. 1990, Bull. crim., n°415 ; D., 1991, somm. comm., p. 214.

⁹⁹¹ V. aussi, art. D. 30 du C.P.P. ; B. BOULOC, L'instruction par le juge d'instruction après la loi du 24 août 1993, R.P.D.P., 1994, p. 89 et s., spéc. p. 92.

⁹⁹² V. B. BOULOC, Procédure pénale, *op. cit.*, n°727.

⁹⁹³ Cass. crim., 3 juill. 1991, Bull. crim., n°292 ; Cass. crim., 19 mai 1992, Bull. crim., n°195 ; Cass. crim., 17 nov. 1993, Bull. crim., n°343 ; Cass. crim., 30 mai 1995, Procédures, 1995, comm. n°278, note J. BUISSON ; Cass. crim., 3 oct. 1995, Bull. crim., n°292 ; Cass. crim., 11 juin 1996, Bull. crim., n°244 ; Cass. crim. (ord. prés.), 18 sept. 1996, Bull. crim., n°321 ; Cass. crim., 10 avril 1997, Inédit, n°97-80669 ; Cass. crim., 27 fév. 2001, Bull. crim., n°50. La même solution s'applique à l'ordonnance présidentielle d'adjonction de magistrats au juge d'instruction lorsque l'affaire se révèle grave ou complexe (art. 83-1 du C.P.P., abrogé en principe à compter du 1^{er} janv. 2015).

⁹⁹⁴ Cass. crim., 26 fév. 2008, Bull. crim., n°51 (cassation au visa de l'article 83 du C.P.P.). Cet arrêt marque une évolution sur la portée de la nature du mode de désignation du juge d'instruction (Comp., Cass. crim., 11 juin 1996). Dans une décision ultérieure, certes non publiée, la Cour de cassation reprend sa formule classique : Cass. crim., 24 fév. 2010, Inédit, n°06-83951 et 09-83330.

⁹⁹⁵ J.O. du 6 mars 2007, p. 4206 ; Rev. sc. crim., 2007, chron., p. 574, obs. B. BOULOC ; R.P.D.P., 2007, chron., p. 741, obs. M. GIACOPELLI ; C. GUERY, La loi du 5 mars 2007 et l'instruction préparatoire, *in* Loi du 5 mars 2007 sur l'équilibre de la procédure pénale : premiers commentaires, A.J. pénal, 2007, dossier, p. 105 et s. ; J. PRADEL, Les suites législatives de l'affaire dite d'Outreau. A propos de la loi n°2007-291 du 5 mars 2007, J.C.P., 2007, I, 138 ; J. LEBLOIS-HAPPE, Continuité et discontinuité dans les nouvelles réformes de la procédure pénale, J.C.P., 2007, I, 181.

réforme. Mais cette date a été repoussée plusieurs fois afin de trouver le budget adéquat (au 1^{er} janvier 2011, puis au 1^{er} janvier 2014, en dernier lieu au 1^{er} janvier 2015⁹⁹⁶), si bien qu'elle risque encore d'être repoussée, voire supprimée⁹⁹⁷. Dans sa rédaction actuelle, comme après le 1^{er} janvier 2015, l'article 83 du C.P.P. continuera à préciser *in fine* que les désignations prévues au texte constituent des mesures d'administration judiciaire non susceptibles de recours.

165. Le juge désigné instruit en principe sur les faits jusqu'à l'ordonnance de clôture par laquelle il se dessaisit⁹⁹⁸. Aux termes de l'article 84 du C.P.P., le président du tribunal lui impose parfois de se dessaisir plus tôt au profit d'un autre juge d'instruction⁹⁹⁹. Seul le procureur de la République est compétent pour présenter cette requête en dessaisissement dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Le parquet agit de manière spontanée ou à la demande d'une des parties privées. Le président dispose d'un délai de huit jours pour rejeter la demande ou dessaisir le magistrat instructeur. Son ordonnance, insusceptible de recours selon l'article 84, alinéa 2, s'analyse comme un acte d'administration judiciaire¹⁰⁰⁰. Il est, en outre, indispensable de vérifier que les conditions énoncées à l'article 84, alinéas 3 et 4, sont réunies afin de remplacer un juge d'instruction, la référence aux dispositions de l'article 83, dernier alinéa, se révélant inopérante¹⁰⁰¹.

166. Bien qu'il se reconnaisse compétent pour informer, il arrive au juge d'instruction de rendre une ordonnance de dessaisissement au profit de l'un de ses collègues¹⁰⁰². Longtemps perçue comme une mesure d'administration judiciaire¹⁰⁰³, cette décision, prise sur le fondement de l'article 657 du C.P.P., statue sur la compétence¹⁰⁰⁴. Elle demeure donc susceptible d'appel de la part des parties¹⁰⁰⁵.

⁹⁹⁶ Art. 129 de la loi n°2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, J.O. du 30 déc. 2013, p. 21829 ; R.P.D.P., 2014, chron., p. 475, obs. F.-X. ROUX-DEMARE.

⁹⁹⁷ Sur la question : S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op. cit.*, n°1767. Un projet de loi n°1323 relatif à la collégialité de l'instruction, déposé à l'Assemblée nationale le 24 juillet 2013, doit être examiné en principe en 2014. Il contient des dispositions différentes de celles prévues par la loi de 2007 en évitant le recours systématique à la collégialité. Les textes issus de la loi du 5 mars 2007 n'entreront donc jamais en vigueur (F.-X. ROUX-DEMARE, obs. préc., p. 477, ironisant sur un « nouvel exemple de la précipitation du législateur »). Sur le projet de loi de 2013 : A. TALEB, La figure actuelle du juge en France et en Angleterre. L'atténuation des divergences originelles dans les attributions des juges français et anglais, R.I.D.P., 2013, vol. 84, p. 481 et s., spéc. p. 481 et 482.

⁹⁹⁸ V. Cass. crim., 9 janv. 2002, Bull. crim., n°3.

⁹⁹⁹ Il apparaît logique de confier le dessaisissement du magistrat instructeur à l'autorité investie du pouvoir de le désigner. V. R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. II, *op. cit.*, n°415.

¹⁰⁰⁰ Cass. crim., 29 avril 1976, Bull. crim., n°134 (implicitement) ; Cass. crim., 21 juin 1993, Inédit, n°92-83653 ; Cass. crim., 10 juill. 2002, Bull. crim., n°150 ; D., 2003, somm. comm., p. 35 ; Cass. crim., 19 sept. 2007, Bull. crim., n°217.

¹⁰⁰¹ V. Cass. crim., 18 mars 2009, Bull. crim., n°58.

¹⁰⁰² L'ordonnance de dessaisissement est différente de l'ordonnance d'incompétence : V. par ex., Cass. crim., 5 janv. 1950, Bull. crim., n°4.

¹⁰⁰³ Cass. crim., 16 juill. 1898, Bull. crim., n°258 ; Cass. crim., 14 déc. 1905, Bull. crim., n°551 ; Cass. crim., 11 sept. 1913, Bull. crim., n°437 ; Cass. crim., 22 janv. 1932, Bull. crim., n°20 ; Cass. crim., 10 nov. 1954, Bull. crim., n°330 ; CA Amiens (ch. acc.), 8 août 1974, J.C.P., 1975, II, 18164, note P. CHAMBON. En ce sens aussi, J. GUYENOT, Le dessaisissement des juridictions dans la procédure pénale française, *Rev. sc. crim.*, 1963, p. 279 et s., spéc. p. 283.

¹⁰⁰⁴ L'hypothèse est la suivante : deux juges d'instruction, appartenant au même tribunal ou à des tribunaux différents, sont saisis simultanément de la même infraction.

¹⁰⁰⁵ Cass. crim., 20 oct. 1960, Bull. crim., n°466 ; Cass. crim., 5 oct. 1961, Bull. crim., n°382 ; Cass. crim., 26 avril 1967, Bull. crim., n°133 ; Cass. crim., 16 déc. 1971, Bull. crim., n°357 ; D., 1972, somm., p. 44 ; *Gaz. pal.*, 1972, jurispr., p. 222, où l'arrêt dissocie bien l'ordonnance de dessaisissement de la décision du président du tribunal prévue à l'article 84 du C.P.P. ;

Issu de la loi n°85-1407 du 30 décembre 1985, l'article 663 du C.P.P. prévoit une situation proche de dessaisissement amiable, afin d'éviter au maximum la mise en œuvre d'une procédure de règlement de juges. Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il organise le dessaisissement d'un juge d'instruction, sur réquisitions du parquet, au profit d'un autre magistrat instructeur saisi simultanément d'infractions connexes ou différentes et ayant provoqué la mise en examen d'une ou plusieurs personnes identiques¹⁰⁰⁶. L'accord des juges, matérialisé par une ordonnance de l'un d'eux, vaut dessaisissement de plein droit¹⁰⁰⁷. La procédure demeure consensuelle. L'ordonnance qui prescrit ou s'oppose au dessaisissement possède-t-elle une nature similaire à celle rendue sur le fondement de l'article 657 du C.P.P. ?

167. La jurisprudence semble rare sur la question. Seul le procureur de la République peut prendre l'initiative de la procédure en requérant l'un des juges de se dessaisir au profit de l'autre dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Le juge d'instruction n'est pas compétent pour prendre une telle initiative ou y procéder malgré les réquisitions contraires du ministère public¹⁰⁰⁸. Prenant la forme d'une ordonnance, le dessaisissement s'opère aussitôt et de plein droit si les deux juges en sont d'accord¹⁰⁰⁹. Si le magistrat du parquet peut relever appel de l'ordonnance non conforme à ses réquisitions devant la chambre de l'instruction¹⁰¹⁰, les parties en ont également la possibilité d'après l'article 186, alinéa 3, du C.P.P.¹⁰¹¹. En cas de désaccord entre les magistrats instructeurs, les dispositions de l'article 664 du C.P.P. s'avèrent applicables. Elles précisent *in fine* que le conflit se résout comme en matière de règlement de juges¹⁰¹². Si le dessaisissement réalisé de plein droit par les deux juges d'instruction s'apparente, de prime abord, à une mesure d'administration judiciaire¹⁰¹³, l'ordonnance rendue sur le fondement de l'article 663 du C.P.P. est, au fond, juridictionnelle : elle statue sur la compétence à l'image de celle rendue par l'article 657 du C.P.P. Dans une affaire

CA Amiens (ch. acc.), 5 mars 1976, J.C.P., 1976, IV, p. 330 ; Cass. crim., 1^{er} déc. 1976, Bull. crim., n°348 ; Cass. crim., 11 mai 1981, Bull. crim., n°150 ; Cass. crim., 19 fév. 1990, Inédit, n°88-85617 ; Cass. crim., 8 fév. 1994, Bull. crim., n°56 ; Cass. crim., 4 déc. 2013, Bull. crim., n°247, où le président de la chambre de l'instruction a excédé ses pouvoirs en déclarant irrecevable l'appel porté contre l'ordonnance par laquelle le juge d'instruction a statué sur sa compétence. Sur le changement de nature de l'ordonnance : R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, n°414.

¹⁰⁰⁶ V. Cass. crim., 9 déc. 1997, Bull. crim., n°418. Le dessaisissement n'est pas subordonné à la condition de mise en examen des mêmes personnes dans les procédures instruites séparément. Pour un exemple d'application de l'article 663 du C.P.P. : Cass. crim., 3 mai 2000, Bull. crim., n°177.

¹⁰⁰⁷ Cass. crim., 27 fév. 1995, Bull. crim., n°85 ; Cass. crim., 6 fév. 1996, Bull. crim., n°62. Des réquisitions supplétives du ministère public n'apparaissent pas nécessaires. La décision s'apparente à une mesure d'administration judiciaire si le dessaisissement est automatique et se réalise par le seul effet de l'accord des juges en vertu de la loi. V. D.-N. COMMARET, *Rev. sc. crim.*, 2004, chron., p. 375.

¹⁰⁰⁸ Cass. crim., 31 mars 2009, Bull. crim., n°63 ; Dr. pénal, 2009, comm. n°87, note A. MARON et M. HAAS ; D. GUERIN, Un an d'instruction préparatoire, *Dr. pénal*, 2010, chron. « un an de... » n°1, spéc. n°6.

¹⁰⁰⁹ Il a été jugé, en application de l'article 663 du C.P.P., que le dessaisissement s'opère immédiatement et de plein droit par l'accord des deux juges d'instruction : Cass. crim., 8 juin 2005, Bull. crim., n°175.

¹⁰¹⁰ Cass. crim., 4 oct. 1988, Bull. crim., n°329.

¹⁰¹¹ Selon ce texte, « les parties peuvent aussi interjeter appel de l'ordonnance par laquelle le juge a, d'office ou sur déclinatorie, statué sur sa compétence ». F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°798. V. déjà, en ce sens, J. LARGUIER, Remarques sur l'évolution d'une voie de recours : le domaine de l'appel des ordonnances rendues par le juge d'instruction, *Mélanges A. VITU, Cujas*, 1989, p. 287 et s., spéc. p. 299.

¹⁰¹² Il en va de même dans le cadre de l'article 657 du C.P.P.

¹⁰¹³ V. d'ailleurs, Cass. crim., 9 juin 1993, Inédit, n°93-80935.

particulière où un juge d'instruction français a refusé de se dessaisir au profit des autorités judiciaires allemandes, la chambre criminelle a pourtant estimé que ce « refus (...) d'accéder à une demande de dessaisissement est un acte de simple administration dont les parties à l'information ne sont pas recevables à relever appel »¹⁰¹⁴. Mais il serait incohérent d'analyser l'ordonnance de l'article 657 du C.P.P. comme juridictionnelle et de voir celle de l'article 663 comme une simple mesure d'administration judiciaire. En tout état de cause, la procédure est régulière si le juge des libertés et de la détention, saisi conformément à l'article 137-1 du C.P.P., statue sur la demande qui lui est soumise malgré l'arrêt de la Cour de cassation, intervenu après sa saisine et ordonnant le dessaisissement du juge d'instruction¹⁰¹⁵. En revanche, la compétence du juge des libertés prend fin lorsque le magistrat instructeur nouvellement désigné soumet la demande, sur laquelle il n'a pas encore été statué, au juge des libertés et de la détention de son ressort¹⁰¹⁶.

β) Les ordonnances administratives du juge d'instruction

168. Le juge d'instruction détient à la fois la qualité d'enquêteur et de juge¹⁰¹⁷. La distinction entre les ordonnances administratives et juridictionnelles reflète, de manière schématique, la dualité des fonctions de ce magistrat¹⁰¹⁸. La différence de nature entre ces ordonnances emporte des effets sur leurs régimes juridiques. Seules les décisions juridictionnelles imposent au juge de demander la communication des réquisitions du parquet avant son ordonnance, de les notifier aux parties et à leurs conseils et peuvent faire l'objet d'un appel¹⁰¹⁹. C'est à partir de l'article 10 §2 de la loi du 8 décembre 1897 et de la circulaire du garde des Sceaux du 10 décembre 1897 que la discrimination s'est opérée. Celui-ci dispose qu'« il doit lui (le conseil de l'inculpé, et depuis la loi du 22 mars 1921 le conseil de la partie civile) être immédiatement donné connaissance de toute ordonnance du juge par l'intermédiaire du greffier ». Sanctionné par la nullité en cas d'irrespect, ce texte ne concerne pas les décisions administratives du juge d'instruction dans le cadre de la recherche des preuves selon la Cour de cassation.

169. Il a alors été mis fin à des divergences d'appréciation sur la nature de l'ordonnance de désignation d'experts. Elle n'a pas un caractère juridictionnel¹⁰²⁰. De même, la jurisprudence considère

¹⁰¹⁴ Cass. crim., 21 juin 2005, Bull. crim., n°183 ; Procédures, 2005, comm. n°239, note J. BUISSON.

¹⁰¹⁵ Cass. crim., 5 nov. 2002, Bull. crim., n°199 ; Rev. sc. crim., 2004, p. 374, obs. D.-N. COMMARET.

¹⁰¹⁶ Cass. crim., 17 fév. 2004, Bull. crim., n°44 ; Rev. sc. crim., 2004, p. 375, obs. D.-N. COMMARET. V. aussi, Cass. crim., 8 juin 2005, Bull. crim., n°175, préc., fondée sur l'art. 663 du C.P.P.

¹⁰¹⁷ J. MICHAUD, Le « Janus » de la magistrature, Rev. sc. crim., 1974, p. 666 et s.

¹⁰¹⁸ En ce sens, W. JEANDIDIER, J. BELOT, Les grandes décisions de la jurisprudence, Procédure pénale, Thémis, P.U.F., 1^{ère} éd., 1986, n°24, p. 131. Les ordonnances sont des actes écrits du juge, signés par lui à peine d'inexistence (V. Cass. crim., 6 oct. 1986, Bull. crim., n°270) et revêtus de leur date.

¹⁰¹⁹ H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, n°1345, p. 770 ; S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op. cit.*, n°2245.

¹⁰²⁰ Cass. crim., 5 janv. 1901, Bull. crim., n°8 ; D., 1901, I, p. 113, rapp. BOYER, concl. FEUILLOLEY ; Cass. crim., 5 déc. 1902, Bull. crim., n°378 ; Cass. crim., 29 nov. 1907, D., 1910, I, p. 437 ; Cass. crim., 27 déc. 1907, Bull. crim., n°523 ; Cass. crim., 24 fév. 1911, Bull. crim., n°111 ; Cass. crim., 13 nov. 1920, Bull. crim., n°428 ; Cass. crim., 5 août 1932, Bull. crim.,

comme administratives les ordonnances du juge d'instruction portant commission rogatoire¹⁰²¹, décidant d'un transport sur les lieux¹⁰²², d'une perquisition ou d'une saisie¹⁰²³, refusant l'ouverture d'un scellé¹⁰²⁴. Par conséquent, elles n'ont pas à être notifiées et ne sont pas susceptibles d'appel de la part des parties privées¹⁰²⁵. Le ministère public se voit, au contraire, conférer un droit d'appel général et absolu, indépendamment de la nature de l'ordonnance¹⁰²⁶. Si cette solution a été consacrée par l'article 185 du C.P.P., l'appel se conçoit mal en dehors d'une décision juridictionnelle, car aucune prétention n'est alors tranchée¹⁰²⁷. Parallèlement, le Code de procédure pénale reprend la jurisprudence antérieure et décide en son article 183, alinéa 1, que « les conseils de l'inculpé et de la partie civile sont avisés (...) de toute ordonnance juridictionnelle... ». Interprétant cette disposition de façon restrictive¹⁰²⁸, la Cour de cassation estime, en outre, qu'« en permettant aux inculpés de relever appel des ordonnances prévues par l'article 186, §1^{er} et 3 du C.P.P., ce texte, dont les dispositions sont limitatives, leur a attribué un droit exceptionnel qui ne comporte aucune extension... »¹⁰²⁹. Elle a cependant allongé la liste limitative légale, au nom des principes généraux du droit, pour des décisions prises sur le fondement d'autres codes¹⁰³⁰. Après la suppression de l'expression « ordonnance juridictionnelle » de l'article 183¹⁰³¹, ce texte énumère les ordonnances à notifier aux parties et à leurs avocats¹⁰³². Quant aux articles 186 et 186-1 du C.P.P.¹⁰³³, ils prévoient les ordonnances

n°199 ; Cass. crim., 1^{er} mars 1951, Bull. crim., n°68. V. P. CHAMBON, L'instruction contradictoire et la jurisprudence (Loi du 8 décembre 1897), Lib. Techniques, 1953, préf. J. BROUCHOT, n°138 et 139, p. 84 et 85.

¹⁰²¹ Cass. crim., 8 déc. 1899, Bull. crim., n°356 ; D., 1903, I, p. 457, note G. LE POITTEVIN. Quant à la nature juridique de la commission rogatoire, elle reste discutée. Certains la voient comme un acte d'administration (J. MARQUISET, L'acte d'instruction, Rec. dr. pénal, 1957, p. 41 et s., spéc. p. 42). Une autre approche se réfère à la théorie du mandat de pur droit privé (J. PRADEL, L'instruction préparatoire, Cujas, 1990, n°504, p. 531 et 532). On l'analyse encore comme un acte « hybride », pour partie acte d'administration et pour partie acte d'instruction (B. BOULOC, L'acte d'instruction, *op. cit.*, n°67, p. 44 à n°75, p. 50). Enfin, une partie de la doctrine estime que c'est par la voie de réquisition que procède le magistrat instructeur (H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, n°329, p. 285). La chambre criminelle juge que la transmission en retour d'une commission rogatoire internationale est un acte d'administration : Cass. crim., 9 juill. 2003, Bull. crim., n°134 ; Cass. crim., 1^{er} fév. 2005, Inédit, n°04-84785, 04-84787 et 04-84786 ; Cass. crim., 7 déc. 2005, Inédit, n°05-85806.

¹⁰²² Cass. crim., 31 mars 1944, Bull. crim., n°91 ; Cass. crim., 31 janv. 1952, Bull. crim., n°35.

¹⁰²³ Cass. crim., 30 mai 1933, Bull. crim., n°125 ; Cass. crim., 5 juill. 1962, Bull. crim., n°242.

¹⁰²⁴ CA Paris (ch. acc.), 20 fév. 1953, D., 1954, jurisp., p. 48, note F. G.

¹⁰²⁵ La différence de régime entre les ordonnances administratives et juridictionnelles a été critiquée : V. W. JEANDIDIER, J. BELOT, *op. cit.*, p. 132 et 133.

¹⁰²⁶ Cass. crim., 25 mars 1954, Bull. crim., n°123 ; J.C.P., 1954, II, 8133, note P. CHAMBON. Mais l'ordonnance avait, en l'espèce, un caractère juridictionnel évident.

¹⁰²⁷ Dans le même sens : P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n°370 ; J. PRADEL, *op. cit.*, n°193, p. 209 et 210. *Contra* : W. JEANDIDIER, J. BELOT, *op. cit.*, p. 134, estimant qu'« il est des cas où la possibilité de frapper d'appel une ordonnance administrative n'est pas inconcevable : nomination d'un expert, supplément d'expertise, jonction de procédures, matière des scellés, voire commission rogatoire ».

¹⁰²⁸ V. par ex., Cass. crim., 12 nov. 1959, J.C.P., 1960, II, 11405, note P. CHAMBON.

¹⁰²⁹ Cass. crim., 6 janv. 1961, Bull. crim., n°6 ; Cass. crim., 13 mars 1968, Bull. crim., n°88 ; Cass. crim., 7 août 1971, Bull. crim., n°247. *Adde*, Cass. crim., 5 fév. 1976, Bull. crim., n°46.

¹⁰³⁰ V. Cass. crim., 10 janv. 1980, Bull. crim., n°18 (Code de l'urbanisme) ; Cass. crim., 24 fév. 1981, Bull. crim., n°69 (Code du travail) ; P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.* Sur cette évolution, J. LARGUIER, Remarques sur l'évolution d'une voie de recours (...), *op. cit.*, p. 325 à 330, posant le véritable enjeu de ces extensions jurisprudentielles : « Mais qui ne voit dans tout cela le juge faire office de législateur ? ».

¹⁰³¹ Par une loi du 30 décembre 1985. Sur ce point, J. PRADEL, *op. cit.*, n°193, p. 209.

¹⁰³² Il s'agit des ordonnances de règlement pour la personne mise en examen et le témoin assisté, les ordonnances de renvoi ou de mise en accusation pour la partie civile (art. 183, al. 1), et les décisions susceptibles de faire l'objet de voies de recours de la part d'une partie à la procédure ou d'un tiers (art. 183, al. 2). Le parquet reçoit, lui, avis de toutes les ordonnances non conformes à ses réquisitions (art. 183, al. 5).

¹⁰³³ V. aussi, art. 99, 99-1 et 177-1 du C.P.P.

juridictionnelles qui autorisent l'appel des parties privées. Leur droit d'appel s'avère limité afin d'éviter des recours dilatoires.

170. En vue de réguler son information, le juge en quête de preuves prend des ordonnances administratives. Celles-ci prescrivent l'exécution immédiate de purs actes d'instruction. Elles constituent le support d'actes nécessaires à la recherche de la vérité. Ces ordonnances peuvent ainsi être qualifiées de mesures d'administration judiciaire¹⁰³⁴, voire de pure instruction selon certains auteurs¹⁰³⁵. On n'imagine pas le magistrat instructeur, qui souhaite effectuer une perquisition chez le mis en examen resté en liberté, lui notifier au préalable sa décision¹⁰³⁶. Il en est de même lorsque le juge d'instruction ordonne l'interception de correspondances émises par la voie des télécommunications sur le fondement de l'article 100 du C.P.P. Dans son second alinéa, le texte précise que cette « décision » n'a pas de caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours. Il s'agit d'une mesure d'administration judiciaire ou d'un pur acte d'instruction¹⁰³⁷. La situation est différente si, par exemple, une demande d'expertise émane de l'une des parties¹⁰³⁸ et que le juge refuse la mesure : l'ordonnance adoptée tranche une contestation. Elle revêt donc un aspect juridictionnel et ouvre la voie de l'appel¹⁰³⁹.

171. D'autres mesures d'administration judiciaire apparaissent hors du domaine des investigations. Instauré par la loi du 15 juin 2000, l'article 175-2, alinéa 2, du C.P.P., vise à enfermer l'instruction dans un délai raisonnable. Selon ce texte, le juge doit justifier la poursuite de la procédure si l'information ne s'achève pas dans un délai de deux ans. Il rend une « ordonnance motivée (...) expliquant les raisons de la durée de la procédure, comportant les indications qui justifient la poursuite de l'information et précisant les perspectives de règlement » par référence aux critères énoncés à l'alinéa 1^{er} du même texte (« gravité des faits reprochés », « complexité des investigations » et « exercice des droits de la défense »). Pareille ordonnance est communiquée au président de la

¹⁰³⁴ En ce sens aussi : G. VIDAL, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, t. II, Rousseau & Cie, 9^{ème} éd. par J. MAGNOL, 1949, n°825, p. 1189 ; H. ANGEVIN, La pratique de la chambre de l'instruction, Litec, Pratique professionnelle, 2^{ème} éd., 2004, n°263.

¹⁰³⁵ G. STEFANI, L'acte d'instruction, *op. cit.*, n°8, p. 141, pour qui les ordonnances adoptées par le juge d'instruction, en sa qualité de magistrat instructeur, « tendent à la recherche et à la constitution d'une preuve » ; C. GUERY, P. CHAMBON, Droit et pratique de l'instruction préparatoire. Juge d'instruction, chambre de l'instruction, Dalloz, Dalloz action, 8^{ème} éd., 2012, n°222.21, évoquant des ordonnances constitutives « d'actes d'administration ou de pure instruction ».

¹⁰³⁶ Rapp., art. 706-92 du C.P.P., à propos de l'autorisation donnée par le juge d'instruction aux O.P.J., agissant sur commission rogatoire, de perquisitionner de nuit. L'autorisation prend la forme d'une ordonnance non susceptible d'appel. La notification préalable de l'ordonnance annihilerait l'intérêt de l'acte : les indices ou les preuves disparaîtraient. Pour une solution similaire, à propos de l'ordonnance délivrée par le juge des libertés et de la détention à l'Administration fiscale : Cass. crim., 9 fév. 2005, Bull. crim., n°49.

¹⁰³⁷ Pour un autre exemple : art. 706-96 du C.P.P., prévoyant une ordonnance motivée du juge pour recourir à la sonorisation et à la fixation d'images de certains lieux ou véhicules lorsqu'il instruit sur une infraction visée à l'article 706-73. C'est une ordonnance administrative.

¹⁰³⁸ En vertu de l'art. 82-1 du C.P.P., les parties privées peuvent demander l'exécution de tout acte d'instruction depuis la loi du 15 juin 2000.

¹⁰³⁹ V. M. AYDALOT, Quelques questions à propos de l'expertise, Rec. dr. pénal, 1958, p. 41 ; A. BESSON, Des règles de l'expertise élaborées par le Code de procédure pénale, D., 1960, chron., p. 51 et s., spéc. n°23, p. 54 ; C. COLOMB, Nullité de l'expertise, A.J. pénal, 2005, dossier, p. 187 et s.

chambre de l'instruction qui peut, par requête, saisir cette juridiction conformément aux dispositions de l'article 221-1 du C.P.P., le but étant d'obtenir le dessaisissement du juge d'instruction¹⁰⁴⁰. Elle doit être renouvelée tous les six mois d'après le dernier alinéa de l'article 175-2 du C.P.P.¹⁰⁴¹. La jurisprudence lui octroie la nature de mesure d'administration judiciaire¹⁰⁴². Dénonçant cette analyse, la doctrine lui reconnaît, à juste titre, un caractère juridictionnel¹⁰⁴³.

172. Une ordonnance distincte a également reçue la qualification de mesure d'administration judiciaire, qui ne fait pas grief et demeure insusceptible de recours. C'est celle par laquelle le juge d'instruction adresse le dossier de l'information au procureur de la République aux fins d'obtenir la mainlevée de l'inviolabilité parlementaire d'un député européen, et ce, en application de l'article 10 du Protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes annexé au Traité du 8 avril 1965 instituant un Conseil unique et une Commission unique desdites communautés et de l'article 26 de la Constitution¹⁰⁴⁴. Le magistrat instructeur prend, en d'autres termes, une ordonnance de soit-communicé au cours de la procédure. La position de la Cour de cassation se révèle conforme à sa jurisprudence traditionnelle¹⁰⁴⁵.

173. La chambre criminelle a longtemps opté pour la solution inverse à propos de l'ordonnance de soit-communicé précédant la clôture de l'information. Par cette décision, le juge transmet le dossier au parquet afin d'obtenir ses réquisitions définitives. L'ordonnance rendue a été assimilée à un acte juridictionnel¹⁰⁴⁶. En vertu de l'article 10 de la loi du 8 décembre 1897, elle doit donc être notifiée au conseil de l'inculpé. La loi du 30 décembre 1985 n'a pas mentionné dans les alinéas 1 et 2 de l'article 183, ni dans l'article 175 du C.P.P., que l'ordonnance de soit-communicé préalable à celle de

¹⁰⁴⁰ Cette saisine s'opère « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice », ce qui semble constituer un acte d'administration.

¹⁰⁴¹ La circulaire CRIM 00-16 F1 du 20 décembre 2000 détermine le régime juridique de l'ordonnance. De son point 1.2.7.2., il ressort que ces décisions n'obligent pas le juge d'instruction à les notifier aux parties, à peine de nullité, et qu'elles ne peuvent « par leur nature même faire l'objet d'aucun recours ». Sans le dire expressément, la circulaire voit donc en l'ordonnance de continuation de l'instruction une mesure d'administration judiciaire.

¹⁰⁴² CA Paris (3^{ème} ch. instr.), 20 déc. 2002, n°2001/07011 ; P. MORVAN, L'ordonnance justifiant la poursuite de l'instruction de l'article 175-2 du code de procédure pénale : critique d'un arrêt de règlement, D., 2003, chron., p. 2511 et s. Cette solution a été consacrée par la Cour de cassation : Cass. crim., 17 janv. 2006, D., 2006, I.R., p. 533, obs. C. GIRAULT ; A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 177, obs. C. SAAS ; Cass. crim., 15 janv. 2008, Bull. crim., n°7.

¹⁰⁴³ V. not, P. MORVAN, *op. cit.*, n°13 à 15, p. 2513 et 2514, pour des arguments très convaincants.

¹⁰⁴⁴ Cass. crim., 14 mai 2002, Bull. crim., n°111.

¹⁰⁴⁵ De longue date, la chambre criminelle refuse de conférer à la plupart des ordonnances de soit-communicé rendues au cours de l'information un caractère juridictionnel : V. Cass. crim., 4 janv. 1934, D.P., 1934, I, p. 121, note G. LELOIR ; Cass. crim., 12 nov. 1959, J.C.P., 1960, II, 11405, note P. CHAMBON ; W. JEANDIDIER, J. BELOT, *op. cit.*, p. 132. Aujourd'hui, on estime que le juge a une « compétence » liée si bien que sont des mesures d'administration judiciaire, l'ordonnance de soit-communicé au parquet à la suite d'une plainte avec constitution de partie civile, de découverte d'un fait nouveau, d'une demande de mise en liberté ou celle préalable à une éventuelle prolongation de la détention provisoire. V. à cet égard, P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n°371 ; R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, n°437.

¹⁰⁴⁶ Cass. crim., 24 juin 1898, S., 1901, I, p. 153, note J.-A. ROUX ; Cass. crim., 18 fév. 1909, Bull. crim., n°109 ; Cass. crim., 4 janv. 1913, Bull. crim., n°9 ; Cass. crim., 22 juill. 1922, Bull. crim., n°267 ; Cass. crim., 2 déc. 1922, Bull. crim., n°400 ; Cass. crim., 30 avril 1925, Bull. crim., n°138 ; Cass. crim., 4 janv. 1934, préc. ; Cass. crim., 15 juin 1950, Bull. crim., n°189 ; Cass. crim., 5 fév. 1953, Bull. crim., n°39 ; Cass. crim., 24 fév. 1954, Bull. crim., n°87 ; Cass. crim., 12 nov. 1959, préc. ; Cass. crim., 11 oct. 1983, Bull. crim., n°240. *Adde*, F. GOLLETTY, L'ordonnance de soit-communicé, Rev. sc. crim., 1958, p. 172 et s.

règlement, nécessite sa notification à la personne poursuivie ou à son avocat¹⁰⁴⁷. Aussi, la jurisprudence a validé les procédures bien que cette décision n'ait pas été portée à la connaissance des défenseurs des parties privées¹⁰⁴⁸. Elle lui a conféré une autre nature par la suite. Elle a affirmé que l'ordonnance de soit-communicé, intervenant en fin d'information, constitue une mesure d'administration judiciaire, insusceptible de pourvoi en cassation¹⁰⁴⁹. Cette solution n'est pas exempte de toute critique, la décision matérialisant l'intention du juge de mettre fin à l'information vu qu'il l'estime terminée. Le juge entre alors dans sa fonction de *jurisdictio* et l'acte revêt un caractère juridictionnel¹⁰⁵⁰. Depuis la loi n°2007-291 du 5 mars 2007, les parties sont informées de l'ordonnance de soit-communicé dans la mesure où les avis à parties sont délivrés en même temps. Mais c'est le réquisitoire lui-même qui est notifié aux avocats des parties ou aux parties lorsqu'elles se défendent seules¹⁰⁵¹. Dans une décision du 9 septembre 2011¹⁰⁵², le juge constitutionnel a déclaré l'article 175 du C.P.P. partiellement contraire à la Constitution. Il refuse que les réquisitions du procureur ne soient adressées qu'aux avocats des parties et non aux parties non assistées d'un avocat. L'interprétation de la Cour de cassation laisse toutefois planer le doute : le réquisitoire définitif du parquet n'est envoyé aux parties que dans le cas où elles ne sont pas assistées ou représentées par un avocat¹⁰⁵³. Il continue donc, *a contrario*, d'être communiqué à l'avocat de la partie représentée¹⁰⁵⁴.

γ) Les actes d'administration de la chambre de l'instruction

174. La juridiction d'instruction du second degré est amenée à rendre des arrêts dénués de nature juridictionnelle. Loin de statuer sur un contentieux, ces décisions constituent des mesures d'administration judiciaire. A titre d'illustration, il s'agit des arrêts ordonnant l'apport de pièces à conviction¹⁰⁵⁵, donnant acte au procureur général de ses réquisitions¹⁰⁵⁶, désignant un magistrat instructeur lorsque la chambre de l'instruction statue sur renvoi de la Cour de cassation selon l'article

¹⁰⁴⁷ En ce sens, C. GUERY, P. CHAMBON, *op. cit.*, n°222.23.

¹⁰⁴⁸ Cass. crim., 28 janv. 1987 (2 arrêts), Bull. crim., n°49 et 50 ; Cass. crim., 31 mars 1987, Bull. crim., n°148.

¹⁰⁴⁹ Cass. crim., 29 avril 1996, Bull. crim., n°168 ; J.C.P., 1996, II, 22700, note P. CHAMBON. Le principe concerne aussi la chambre de l'instruction : Cass. crim., 31 janv. 1991, Bull. crim., n°54 ; Cass. crim. (ord. prés.), 12 oct. 1998, Bull. crim., n°252.

¹⁰⁵⁰ V. déjà, en ce sens : B. BOULOC, L'acte d'instruction, *op. cit.*, n°229 et 230, p. 153 à 155 ; P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. et loc. cit.* ; R. MERLE, A. VITU, *op. et loc. cit.* ; *Contra*, W. JEANDIDIER, J. BELOT, *op. et loc. cit.* ; S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op. cit.*, n°2245.

¹⁰⁵¹ C. GUERY, P. CHAMBON, *op. et loc. cit.* Sur les apports de la loi du 5 mars 2007 à la clôture de l'information : C. GUERY, La loi du 5 mars 2007 et l'instruction préparatoire, *op. cit.*, n°14 à 16, p. 109 ; M. GIACOPELLI, R.P.D.P., 2007, chron. préc., p. 751 et 752. Entièrement réécrit par la loi du 5 mars 2007, l'article 175 du C.P.P. renforce le contradictoire, mais allonge les délais, donc la durée de l'information.

¹⁰⁵² C.C., Q.P.C., 9 sept. 2011, n°2011-160, *M. Hovanes A.*, J.O. du 10 sept. 2011, p. 15273, cons. 5.

¹⁰⁵³ Cass. crim., 25 juin 2013, Bull. crim., n°156 ; A.J. pénal, 2013, jurispr., p. 682, obs. J.-B. PERRIER ; Procédures, 2013, comm. n°259 (2^{ème} espèce), note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Rev. sc. crim., 2013, chron., p. 899, obs. B. DE LAMY.

¹⁰⁵⁴ V. aussi : J.-B. PERRIER, obs. sur Cass. crim., 25 juin 2013, A.J. pénal, 2013, jurispr., p. 682, spéc. p. 683 ; B. DE LAMY, obs. sur Cass. crim., 25 juin 2013, Rev. sc. crim., 2013, p. 899, spéc. p. 900, évoquant « une totale déformation de la décision du Conseil et de l'article 175 du C.P.P. » par la chambre criminelle.

¹⁰⁵⁵ Cass. crim., 27 janv. 1981, Bull. crim., n°37 ; Cass. crim., 20 janv. 1987, Inédit, n°85-95869.

¹⁰⁵⁶ Cass. crim., 31 janv. 1991, préc.

609-1, alinéa 2 du C.P.P.¹⁰⁵⁷, prescrivant le dépôt du dossier au greffe et sa communication au procureur général après un supplément d'information¹⁰⁵⁸, décidant de communiquer la procédure au parquet pour ses réquisitions une fois l'information achevée¹⁰⁵⁹ ou bien d'opérer la jonction de deux procédures d'information¹⁰⁶⁰. Tel est aussi le cas de la décision qui ordonne d'office la comparution personnelle du mis en examen¹⁰⁶¹, des parties¹⁰⁶² ou qui la refuse¹⁰⁶³ en vertu de l'article 199, alinéa 3, du C.P.P.¹⁰⁶⁴. Il en va de même de la décision qui rejette une demande de sortie sous escorte sur le fondement de l'article 148-5 du C.P.P.¹⁰⁶⁵, ou de celle qui condamne la partie civile à une amende civile conformément aux dispositions de l'article 212-2 du C.P.P.¹⁰⁶⁶.

175. Le président de la chambre de l'instruction peut filtrer les appels ou requêtes déferés à sa juridiction afin de limiter les recours dilatoires, ou au contraire, saisir celle-ci au moyen d'ordonnances¹⁰⁶⁷. Ses décisions demeurent en principe insusceptibles de recours¹⁰⁶⁸. Si un pourvoi en cassation est formé, le président de la chambre criminelle a la faculté de rendre une ordonnance de non admission d'après l'article 567-1 du C.P.P.¹⁰⁶⁹. Mais le président de la juridiction d'instruction peut commettre une erreur d'appréciation des motifs de recevabilité de la requête ou de l'appel et entacher son ordonnance d'excès de pouvoir¹⁰⁷⁰. Le président de la chambre criminelle admet alors l'examen immédiat du pourvoi et ordonne la transmission du dossier à sa chambre, libre d'annuler une telle décision. La chambre criminelle offre ainsi aux parties un recours-nullité autonome sous la forme d'un pourvoi en cassation¹⁰⁷¹, mais l'ouvre cependant de façon plus restrictive qu'en matière civile. Créé *ex nihilo et contra legem*¹⁰⁷², ce recours s'est également illustré en matière d'extradition lorsque la

¹⁰⁵⁷ Cass. crim. (ord. prés.), 5 mai 1997, Bull. crim., n°161.

¹⁰⁵⁸ Cass. crim. (ord. prés.), 23 avril 1997, Bull. crim., n°141 ; Cass. crim. (ord. prés.), 12 oct. 1998, Bull. crim., n°252.

¹⁰⁵⁹ Cass. crim., 29 avril 1996, préc.

¹⁰⁶⁰ Cass. crim., 5 sept. 2007, Inédit, n°07-80454.

¹⁰⁶¹ Cass. crim., 17 déc. 1996, Bull. crim., n°469 ; Cass. crim., 1^{er} oct. 2014, n°14-84823, E.C.P.B. : « (...) la décision aux fins de comparution personnelle constitue une mesure d'administration judiciaire ».

¹⁰⁶² Cass. crim., 15 juin 2005, Inédit, n°05-80486 ; Cass. crim., 16 sept. 2008, Inédit, n°07-87220.

¹⁰⁶³ Cass. crim., 14 déc. 1971, Bull. crim., n°350 ; Cass. crim., 3 juill. 1985, Bull. crim., n°255 ; Cass. crim., 13 oct. 1998, Bull. crim., n°256 ; Cass. crim., 19 août 2004, Inédit, n°04-83832.

¹⁰⁶⁴ Rappr., Cass. crim., 28 avril 2011, Inédit, n°11-80604.

¹⁰⁶⁵ Cass. crim., 22 juill. 1997, Bull. crim., n°278.

¹⁰⁶⁶ Cass. crim., 17 juin 2008, Inédit, n°08-80103. Il a encore été jugé que constitue une mesure d'administration judiciaire, l'arrêt par lequel est ordonné, avant-dire droit, la communication de la procédure au parquet « pour réquisitions éventuelles » en vue du prononcé de l'amende civile prévue par l'article 212-2 du C.P.P. : Cass. crim., 30 mai 2007, Bull. crim., n°139.

¹⁰⁶⁷ V. par ex., Cass. crim., 17 janv. 2006, A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 180 ; Cass. crim., 16 fév. 2010, Bull. crim., n°27.

¹⁰⁶⁸ Art. 186-1, al. 3 du C.P.P. ; Cass. crim., 16 fév. 2010, préc.

¹⁰⁶⁹ A défaut, la chambre prononce elle-même l'irrecevabilité. V. H. ANGEVIN, *op. cit.*, n°617.

¹⁰⁷⁰ V. art. 173 *in fine*, 186, al. 6 et 186-1, al. 3 du C.P.P.

¹⁰⁷¹ Cass. crim. (ord. prés.), 26 nov. 1993, Bull. crim., n°360 ; Dr. pénal, 1994, comm. n°48, note A. MARON ; Cass. crim., 13 oct. 1998, Procédures, 1999, comm. n°43, obs. J. BUISSON ; Cass. crim., 8 janv. 2013, Bull. crim., n°2 (excès de pouvoir du président de la chambre de l'instruction) ; Cass. crim., 1^{er} oct. 2013, Bull. crim., n°182 ; A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 92, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE (*idem*) ; Cass. crim., 11 déc. 2013, Bull. crim., n°252 ; Dr. pénal, 2014, comm. n°30, note A. MARON et M. HAAS, pour une application de l'article D. 591 du C.P.P. ; Cass. crim., 18 juin 2014, n°14-81422, E.C.P.B. ; D., 2014, p. 1381 (lorsque la chambre de l'instruction est saisie par une partie d'une requête en annulation d'actes ou de pièces de la procédure, son président ne peut constater son irrecevabilité que dans l'un des cas limitativement énumérés à l'article 173 du C.P.P. : annulation de son ordonnance pour excès de pouvoir).

¹⁰⁷² En ce sens : S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op. cit.*, n°2546.

chambre d'accusation donnait un avis motivé sur la demande qui lui était adressée et statuait sans recours conformément à l'article 16 de la loi du 10 mars 1927. La Cour de cassation avait accueilli le pourvoi au nom « des principes généraux du droit »¹⁰⁷³. Introduisant le mandat d'arrêt européen aux articles 695-11 et suivants du Code de procédure pénale, la loi du 9 mars 2004 a abrogé la loi de 1927 et réécrit les conditions, la procédure et les effets de l'extradition applicables en l'absence de convention internationale. Ce faisant, le législateur a consacré la jurisprudence *Dore* : l'article 696-15 du C.P.P. autorise *in fine* le pourvoi en cassation contre l'avis de la chambre de l'instruction, uniquement fondé sur des vices de forme¹⁰⁷⁴.

176. La qualification de mesure d'administration judiciaire n'apparaît idoine ni pour l'avis de la chambre de l'instruction relatif à l'extradition ni pour les ordonnances de son président bloquant la procédure. *A priori*, la Cour de cassation n'a jamais employé cette notion pour caractériser les actes du président de la chambre de l'instruction¹⁰⁷⁵, pas plus que la doctrine¹⁰⁷⁶. S'agissant de l'avis rendu en matière d'extradition, il est souvent appréhendé comme un acte juridictionnel¹⁰⁷⁷. Ces décisions revêtent une nature quasi-juridictionnelle à bien y regarder : elles font grief à l'intéressé. Par le biais de l'ordonnance d'irrecevabilité d'une requête en annulation, le président de la chambre de l'instruction refuse de saisir sa chambre. Une telle position génère un grief, en particulier si elle traduit un excès de pouvoir qui a pour origine une erreur d'appréciation. Voilà pourquoi la Cour de cassation a autorisé le pourvoi, bien qu'amputé d'une part importante du contrôle de légalité. Les mesures

¹⁰⁷³ V. Cass. crim., 17 mai 1984, *Dore*, D., 1984, jurispr., p. 536, note W. JEANDIDIER, estimant le pourvoi fondé « sur une violation de la loi qui, à la supposer établie, serait de nature à priver la décision rendue des conditions essentielles de son existence légale ». Pour une application récente : Cass. crim., 26 fév. 2014, Bull. crim., n°60 ; J.C.P., 2014, 339, obs. J.-Y. MARECHAL, à propos de l'avis favorable d'une chambre de l'instruction donné à une demande d'extradition concernant des faits qualifiés de génocide et de crime contre l'humanité qui n'étaient pas incriminés par l'Etat requérant à l'époque de leur commission : cassation (comp., Cass. crim., 26 fév. 2014, Bull. crim., n°59 ; D., 2014, p. 702, note (critique) D. ROETS ; J.C.P., 2014, 339, obs. J.-Y. MARECHAL).

¹⁰⁷⁴ Sur la question : F. FOURMENT, Le pourvoi en cassation contre l'avis de la chambre de l'instruction rendu en matière d'extradition et la loi du 9 mars 2004, *in* Questions de droit pénal international, européen et comparé, Mélanges A. FOURNIER, Presses universitaires de Nancy, 2013, p. 109 et s.

¹⁰⁷⁵ V. par ex., Cass. crim., 28 juin 1977 (2 arrêts), Bull. crim., n°244 et 245 ; Cass. crim., 6 avril 1993, Bull. crim., n°147 ; Cass. crim., 29 oct. 1996, D., 1997, jurispr., p. 182, note B. BOULOC ; Cass. crim., 9 juill. 2003, Bull. crim., n°132 ; Cass. crim., 1^{er} fév. 2006, Inédit, n°05-85491.

¹⁰⁷⁶ V. par ex., H. ANGEVIN, *op. cit.*, n°617 ; P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n°445 ; J. PRADEL, Procédure pénale, *op. cit.*, n°769 ; R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, n°562 ; C. ARRIGHI, L'extension des pouvoirs propres du président de la chambre d'accusation par la loi du 4 janvier 1993 et celle du 24 août 1993, *Rev. sc. crim.*, 1995, p. 271 et s. ; B. BOULOC, note sous Cass. crim., 29 oct. 1996, D., 1997, jurispr., p. 182 ; J. BUISSON, note sous Cass. crim., 5 mai 1997, *Procédures*, 1997, comm. n°272 et note sous Cass. crim., 13 oct. 1998, *Procédures*, 1999, comm. n°43.

¹⁰⁷⁷ V. J. LEMONTEY, Du rôle de l'autorité judiciaire dans la procédure d'extradition passive, L.G.D.J., 1966, *Bibl. sc. crim.*, t. 4, préf. A. VITU, p. 229 et s., spéc. p. 232 et s. ; A. ZAÏRI, Le principe de la spécialité de l'extradition au regard des droits de l'homme, L.G.D.J., 1992, *Bibl. sc. crim.*, t. 27, préf. B. BOULOC, n°120 et s., p. 87 et s., spéc. n°130, p. 91 ; E. SERVIDIO-DELABRE, Le rôle de la chambre d'accusation et la nature de son avis en matière d'extradition passive, L.G.D.J., 1993, *Bibl. sc. crim.*, t. 28, préf. J.-C. SOYER, p. 168 et s. ; P. GUIHO, L'« avis motivé » de la chambre d'accusation sur une demande d'extradition, Mélanges A. CHAVANNE, Litec, 1990, p. 69 et s. ; Y. RODRIGUEZ, La Cour de cassation et le contrôle de l'avis des chambres d'accusation en matière d'extradition, D., 1984, *chron.*, p. 223 et s. ; W. JEANDIDIER, La tutelle du Conseil d'Etat sur les chambres d'accusation en matière d'extradition, *Rev. sc. crim.*, 1979, p. 239 et s., spéc. n°12 et 20, p. 246 et 251 ; W. JEANDIDIER, La juridiction d'instruction du second degré, Cujas, 1982, préf. A. VITU, n°429, p. 345, évoquant toutefois un « acte judiciaire » ; F. FOURMENT, *op. cit.*, p. 116 et 117. *Adde*, A. VITU, obs. sur CE, Ass., 18 nov. 1955 et CE, Ass., 3 fév. 1956, *Petalas*, J.C.P., 1956, II, 9184, soutenant une thèse mixte, en fonction de la nature favorable (« opération de type administratif ») ou défavorable de l'avis (valeur juridictionnelle).

d'administration judiciaire ont, elles, pour principale caractéristique l'absence de grief, ce qui justifie l'absence de recours à leur encontre.

c) Le repérage de la mesure d'administration judiciaire dans la phase de jugement

177. Les actes d'administration sont nombreux au stade du jugement pénal. Pour l'essentiel, ils intéressent la désignation des juges (α), les renvois (β) et certaines décisions afférentes au déroulement de l'audience et à l'étendue des débats (γ).

α) La désignation des juges

178. Dans un arrêt ancien, la Cour de cassation a affirmé que la décision du premier président de la cour d'appel désignant les assesseurs du président d'une cour d'assises, après avis du procureur général, constitue une « mesure d'administration intérieure qui échappe au contrôle des accusés (...) »¹⁰⁷⁸. Elle juge aussi valide le remplacement d'un assesseur empêché après l'ouverture de la session par le président des assises, simple acte d'administration¹⁰⁷⁹. La mesure possède une nature identique lorsque le premier président choisit un magistrat du siège pour remplacer un président de chambre de la cour d'appel¹⁰⁸⁰. De même, la désignation du président appelé à statuer sur les requêtes présentées en application de l'article 507 du C.P.P. et tendant à faire déclarer immédiatement recevable l'appel d'un jugement ne mettant pas fin à la procédure, est qualifiée d'acte d'administration judiciaire¹⁰⁸¹. Cette qualification a encore été attribuée à la répartition des affaires entre les différentes chambres correctionnelles d'une cour d'appel¹⁰⁸². Enfin, si le tribunal correctionnel est en principe composé d'un président et de deux juges, le législateur offre la possibilité au président du tribunal de grande instance d'adjoindre un ou plusieurs magistrats du siège à un procès lorsque les débats semblent de nature à s'étendre dans le temps¹⁰⁸³. A l'inverse, le troisième alinéa de l'article 398 permet à ce tribunal de statuer à juge unique pour le jugement des délits énumérés à l'article 398-1 du C.P.P.¹⁰⁸⁴. L'article 398 précise, *in fine*, que ces différentes décisions sont des mesures d'administration non susceptibles de recours.

¹⁰⁷⁸ Cass. crim., 27 avril 1876, Bull. crim., n°109.

¹⁰⁷⁹ Cass. crim., 25 août 1876, Bull. crim., n°199. Sur la désignation et le remplacement des magistrats devant siéger à la cour d'assises : V. par ex., A. VITU, La cour d'assises dans le Code de procédure pénale, Rev. sc. crim., 1959, p. 539 et s., spéc. n°10 et 11, p. 543 à 545.

¹⁰⁸⁰ Cass. crim., 28 fév. 1968, Bull. crim., n°70.

¹⁰⁸¹ Cass. crim., 20 mars 1973, Bull. crim., n°138.

¹⁰⁸² Cass. crim., 20 mars 1973, préc.

¹⁰⁸³ Art. 398, al. 2 du C.P.P.

¹⁰⁸⁴ Sur le juge unique : N. STOLOWY, Un juge unique pour le tribunal correctionnel, Petites affiches, 13 oct. 1995, n°123, p. 10 et s. ; Y. STRICKLER, Le juge unique en procédure pénale, Petites affiches, 18 fév. 2002, n°35, p. 9 et s.

179. Devant la cour d'assises, la formation du jury de jugement exige au préalable le tirage au sort du jury de session. La liste de session, renfermant le nom et la qualité des personnes qui seront appelées à siéger, doit être signifiée à chacun des accusés à peine de nullité, afin qu'ils puissent exercer leur droit de récusation¹⁰⁸⁵. Ce tirage du jury de session forme une mesure d'administration judiciaire contre laquelle les accusés ne sauraient se pourvoir¹⁰⁸⁶. Convoqué par le greffier de la cour d'assises, chacun des jurés titulaires et suppléants doit lui retourner sa convocation signée. A défaut de réponse et en cas de nécessité, le greffier a le pouvoir de requérir les services de police ou de gendarmerie pour rechercher les jurés et leurs remettre la convocation¹⁰⁸⁷. Ces opérations reflètent des actes d'administration, dont le contrôle échappe à la Cour de cassation¹⁰⁸⁸.

β) Les renvois

180. Pris dans une première acception, le renvoi de l'affaire évoque celui d'une juridiction à une autre ou au même tribunal composé de façon différente. Le législateur a institué, à cet égard, plusieurs mesures d'administration judiciaire. Ainsi, la loi du 23 juin 1999 ajoute à l'article 667-1 du C.P.P. un renvoi en cas d'impossibilité de composer une juridiction en raison d'incompatibilités prévues par la loi. Le premier président de la cour d'appel peut ordonner, sur requête du parquet, le renvoi devant une juridiction limitrophe, située dans le ressort de la cour. La requête est présentée par le parquet. Elle est signifiée à toutes les parties intéressées, qui disposent de dix jours pour présenter leurs observations au premier président. Ce dernier statue dans les quinze jours de la requête. Sa décision constitue une mesure d'administration judiciaire insusceptible de recours selon l'article 667-1, alinéa 4, du C.P.P. Par ailleurs, il existe une situation spécifique au jugement des crimes et délits en matière de terrorisme, envisagée à l'article 706-17-1 du C.P.P. Sur réquisitions du procureur général et après avoir recueilli divers avis, le premier président de la cour d'appel de Paris peut décider que l'audience se tiendra dans tout autre lieu du ressort de la cour d'appel que celui où la juridiction concernée tient d'ordinaire ses audiences¹⁰⁸⁹. Gouvernée par des motifs de sécurité, cette ordonnance doit être portée à la connaissance des tribunaux intéressés par le procureur général. Le texte précité lui attribue la qualification de mesure d'administration judiciaire, insusceptible de recours.

¹⁰⁸⁵ Selon la Cour de cassation, la récusation elle-même constitue une mesure d'administration judiciaire : Cass. crim., 6 juill. 2011, Bull. crim., n°157.

¹⁰⁸⁶ Cass. crim., 27 nov. 1913, Bull. crim., n°529 ; Cass. crim., 13 nov. 1963, Bull. crim., n°318 ; Cass. crim., 6 fév. 1964, Bull. crim., n°44 ; Cass. crim., 17 juin 1970, Bull. crim., n°210.

¹⁰⁸⁷ H. ANGEVIN, La pratique de la cour d'assises, LexisNexis, Traité-formulaire, 5^{ème} éd. par H.-C. LE GALL, 2012, n°178.

¹⁰⁸⁸ V. déjà, Cass. crim., 31 déc. 1920, Bull. crim., n°515 (implicitement). Dans ses arrêts, la Cour de cassation évoque des « actes administratifs ». Auparavant, c'était le préfet qui notifiait à chacun des jurés l'extrait de la liste de session le concernant : V. par ex., Cass. crim., 26 avril 1984, Bull. crim., n°146.

¹⁰⁸⁹ Il s'agit du tribunal correctionnel, de la chambre des appels correctionnels ou de la cour d'assises de Paris.

181. L'article 398-2, alinéa 3, du C.P.P. relatif au tribunal correctionnel siégeant à juge unique, prévoit également une mesure d'administration judiciaire. Si la complexité des faits le justifie ou au regard de l'importance de la peine susceptible d'être prononcée, le magistrat peut décider d'office ou à la demande des parties ou du ministère public le renvoi de l'affaire à la collégialité¹⁰⁹⁰. De son côté, la chambre criminelle estime qu'un demandeur ne saurait invoquer un grief d'une décision de renvoi d'une audience du tribunal correctionnel à une audience tenue par une autre chambre de la même juridiction, mesure de simple administration judiciaire non susceptible de recours¹⁰⁹¹.

182. Selon une deuxième acception, le renvoi traduit parfois le moment auquel les magistrats examineront l'affaire ou celui où ils rendront leur décision. C'est dans les deux hypothèses un acte d'administration judiciaire. L'arrêt par lequel la cour d'assises ordonne avant l'ouverture des débats le renvoi d'une affaire à une session ultérieure participe de cette qualification¹⁰⁹². La même solution prévaut s'il s'agit de la décision de cette cour de renvoyer le procès sur les intérêts civils à la prochaine session¹⁰⁹³. En revanche, lorsque la cour d'assises rejette au cours des débats une demande de l'accusé tendant au renvoi de l'affaire, sa décision semble posséder un caractère juridictionnel¹⁰⁹⁴. Elle tranche une contestation. Devant les juridictions correctionnelles, les renvois successifs du seul prononcé de la décision constituent des mesures d'administration judiciaire¹⁰⁹⁵. Il est enfin régulièrement rappelé que l'opportunité d'accueillir ou de rejeter une demande de renvoi de l'affaire à une audience ultérieure s'analyse comme une mesure d'administration judiciaire, qui échappe au contrôle de la Cour de cassation¹⁰⁹⁶.

γ) Les décisions afférentes au déroulement de l'audience et à l'étendue des débats

183. Selon l'article 459, alinéa 3, du C.P.P., le tribunal correctionnel doit joindre au fond les incidents et exceptions dont il reste saisi. Il statue par un seul jugement en se prononçant d'abord sur l'exception et ensuite sur le fond. Cette disposition demeure applicable même dans le cas de l'article

¹⁰⁹⁰ Rapp., pour le renvoi devant la formation collégiale devant la chambre des appels correctionnels, Cass. crim., 12 mars 2013, Inédit, n°12-83680 (qualification de mesure d'administration judiciaire).

¹⁰⁹¹ Cass. crim., 22 mai 2001, Inédit, n°00-83794.

¹⁰⁹² Cass. crim., 12 mai 1934, S., 1935, I, p. 113, note J.-A. R., même si l'arrêt ne prend pas soin de qualifier la décision, il n'y a pas d'équivoque possible ; Cass. crim., 5 déc. 1990, Bull. crim., n°419.

¹⁰⁹³ V. Cass. crim., 17 mars 1993, Inédit, n°92-84466 (qualification expresse).

¹⁰⁹⁴ En ce sens : Cass. crim., 5 juin 1996, B.I.C.C., 15 nov. 1996, n°1140. V. aussi, J.-A. R., note sous Cass. crim., 12 mai 1934, S., 1935, I, p. 113, évoquant le cas dans lequel la décision de renvoi procède de la seule volonté de la cour d'assises.

¹⁰⁹⁵ Cass. crim., 7 oct. 1992, Bull. crim., n°316.

¹⁰⁹⁶ V. Cass. crim., 6 août 1997, Bull. crim., n°282 ; Cass. crim., 31 mars 2004, Inédit, n°03-82693 ; Cass. crim., 3 nov. 2005, Inédit, n°05-82477 ; Cass. crim., 29 mars 2006, Inédit, n°05-82166 ; Cass. crim., 20 fév. 2008, Inédit, n°06-89178. La solution s'avère identique si la décision émane de la chambre de l'instruction : Cass. crim., 8 juill. 2004, Inédit, n°04-82499 ; Cass. crim., 14 nov. 2007, Inédit, n°07-80988. Si le renvoi est demandé par le prévenu qui produit une excuse valable, le refus de reporter l'audience doit toutefois être motivé par les juges du fond. A défaut, il y a violation des articles 6 §1 et 6 §3 c) de la Convention : CEDH, 25 juill. 2013, *Henri Rivière et autres / France*, n°46460/10, §29 et s., spéc. §31 ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2014, chron. « un an de... » n°4, spéc. n°21.

386 du C.P.P. De longue date, la jurisprudence répète que la jonction des incidents et exceptions forme une mesure d'administration judiciaire¹⁰⁹⁷.

184. Caractérisée par le formalisme et la solennité, l'audience de la cour d'assises recèle des actes d'administration. Le président de cette cour peut désigner des avocats d'office, puisque l'article 317 du C.P.P. impose la présence d'un défenseur auprès de l'accusé. Son ordonnance n'a aucun caractère juridictionnel et le pourvoi en cassation s'avère irrecevable¹⁰⁹⁸. Il résulte également d'une solution ancienne que l'ordre donné par le président des assises, en vertu d'une décision de la cour, d'arrêter un témoin à l'audience, n'ouvre pas droit au pourvoi¹⁰⁹⁹. Cette jurisprudence semble conserver sa valeur sous l'empire de l'article 342 du C.P.P.¹¹⁰⁰. En vertu de son pouvoir de police de l'audience, le président de la cour d'assises peut expulser l'accusé ou de l'un des assistants qui trouble l'ordre¹¹⁰¹. Cet acte est, en général, présenté comme une « mesure de police ». S'il s'élève un incident contentieux à propos de la mesure, la cour d'assises doit seulement rechercher si le magistrat n'a pas excédé ses pouvoirs et porté atteinte aux droits de la défense¹¹⁰².

185. L'ordre du président d'expulser les auteurs de troubles à l'audience, se retrouve devant les autres juridictions. Il ressort d'une vieille jurisprudence que le pourvoi reste irrecevable contre cette mesure d'ordre ou de police¹¹⁰³. Le juge peut prescrire l'expulsion et le dépôt pendant vingt-quatre heures à la maison d'arrêt de l'individu qui perturbe l'audience¹¹⁰⁴. L'article 404 du C.P.P. a modifié ces pouvoirs. D'après certains, la jurisprudence antérieure semble toujours applicable à l'ordre d'expulsion donné sur le fondement des alinéas 1 et 3 de l'article 404¹¹⁰⁵. En revanche, les sanctions correctionnelles décidées en vertu de l'alinéa 2 par jugement pourraient faire l'objet d'un pourvoi si la décision était rendue en dernier ressort¹¹⁰⁶. L'ordre d'expulser la personne qui cause du tumulte à l'audience constitue le pendant d'une mesure d'ordre intérieur adoptée au sein d'un établissement carcéral¹¹⁰⁷. Si la Cour de cassation était appelée à se prononcer sur la question, il ne serait guère étonnant qu'elle le qualifie d'acte d'administration insusceptible de recours. Elle considérerait sans doute la décision comme nécessaire à la bonne administration de la justice et au bon déroulement du procès répressif. Une telle position encourrait la critique. De manière incontestable, l'acte génère un

¹⁰⁹⁷ Cass. crim., 15 fév. 1967, Bull. crim., n°68 (implicitement) ; Cass. crim., 3 avril 1979, Bull. crim., n°136 ; Cass. crim., 22 juin 1994, Bull. crim., n°247 ; Cass. crim., 13 mars 1995, Bull. crim., n°101 ; Cass. crim., 17 nov. 2004, Procédures, 2005, comm. n°77, note J. BUISSON ; Cass. crim., 10 mai 2007, Bull. crim., n°122 (cassation) ; Cass. crim., 19 sept. 2007, Bull. crim., n°214 ; Cass. crim., 2 juin 2010, Bull. crim., n°98.

¹⁰⁹⁸ Cass. crim., 13 oct. 1987, Bull. crim., n°348.

¹⁰⁹⁹ Cass. crim., 29 mars 1906, Bull. crim., n°59.

¹¹⁰⁰ J. BORE, L. BORE, *op. cit.*, n°11.66.

¹¹⁰¹ V. A. VITU, La cour d'assises (...), *op. cit.*, n°49, p. 560 et 561.

¹¹⁰² H. ANGEVIN, *op. cit.*, n°57, p. 23.

¹¹⁰³ Cass. crim., 5 déc. 1884, Bull. crim., n°333 ; Cass. crim., 25 oct. 1890, S., 1890, I, p. 544.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*

¹¹⁰⁵ J. BORE, L. BORE, *op. et loc. cit.*

¹¹⁰⁶ *Ibid.*

¹¹⁰⁷ Le raisonnement est identique pour l'expulsion ordonnée par le président de la cour d'assises.

grief, en ce qu'il revêt un caractère coercitif. Le recours à la force publique traduit la coercition attentatoire à la liberté individuelle. Le critère principal de la mesure d'administration judiciaire, à savoir l'absence de grief, ferait défaut sous cet éclairage.

186. Par ailleurs, la Cour de cassation a toujours jugé la jonction de procédures ou de dossiers constitutive d'une mesure d'administration judiciaire¹¹⁰⁸. Elle précise que la décision de joindre relève de l'appréciation souveraine des juridictions répressives¹¹⁰⁹. Elle ajoute parfois qu'il s'agit d'un acte nécessaire à la bonne administration de la justice pénale¹¹¹⁰. Cette jurisprudence ancienne n'est pas cantonnée à la seule phase de jugement, elle demeure applicable à tous les stades de la procédure¹¹¹¹. A l'inverse, la disjonction de procédures ou des poursuites se révèle parfois nécessaire. La chambre criminelle a adopté la même solution qu'en cas de jonction : c'est un acte d'administration¹¹¹². Ces mesures ne peuvent donc pas être critiquées par les parties sauf si elles portent atteinte aux droits de la défense¹¹¹³.

187. Traditionnellement appréhendés comme des mesures d'administration judiciaire, certains actes ont désormais disparu ou se voient attribuer une qualification différente. Ainsi, la mise en état était l'obligation faite au condamné de se constituer prisonnier la veille de l'audience de la chambre criminelle examinant son pourvoi, à moins que l'auteur du pourvoi n'ait obtenu de la juridiction qui l'avait condamné une dispense de se mettre en état. A cet égard, la jurisprudence affirmait que « la décision par laquelle une juridiction statue sur une demande de dispense de mise en état est un acte d'administration que le prévenu est inhabile à critiquer »¹¹¹⁴. Le pourvoi contre l'arrêt qui rejetait une telle demande était donc frappé d'irrecevabilité. Suite aux condamnations prononcées contre la France au sujet de son mécanisme de mise en état¹¹¹⁵, la loi du 15 juin 2000 a abrogé l'article 583 du C.P.P.

¹¹⁰⁸ Cass. crim., 13 août 1903, Bull. crim., n°302 ; Cass. crim., 18 janv. 1956, Bull. crim., n°70 ; Cass. crim., 3 juin 1959, Bull. crim., n°296 ; Cass. crim., 5 avril 1960, Bull. crim., n°214 ; Cass. crim., 2 mars 1967, Bull. crim., n°89 (implicitement) ; Cass. crim. (ord. prés.), 12 oct. 1998, Bull. crim., n°251 ; Cass. crim., 2 oct. 2002, Inédit, n°01-87644 ; Cass. crim., 25 fév. 2004, Inédit, n°03-81673 ; Cass. crim., 27 sept. 2011, Inédit, n°10-81848.

¹¹⁰⁹ Cass. crim., 19 sept. 1861, Bull. crim., n°212 ; Cass. crim., 8 juin 1912, Bull. crim., n°305 ; Cass. crim., 3 oct. 1973, Bull. crim., n°343.

¹¹¹⁰ V. par ex., Cass. crim. (ord. prés.), 25 oct. 1996, Bull. crim., n°374.

¹¹¹¹ V. Cass. crim., 28 avril 1970, Bull. crim., n°147 ; Cass. crim., 25 juin 1974, Bull. crim., n°238 ; Cass. crim., 28 oct. 1992, Bull. crim., n°347 ; Cass. crim., 7 déc. 2005, D., 2006, I.R., p. 253.

¹¹¹² Cass. crim., 26 fév. 1897, Bull. crim., n°74 ; Cass. crim., 10 janv. 1946, Bull. crim., n°12 ; Cass. crim., 28 avril 1948, Bull. crim., n°118 ; Cass. crim., 27 mai 1964, Bull. crim., n°181 ; Cass. crim., 8 oct. 1969, Bull. crim., n°244 ; Cass. crim., 26 mars 1996, Inédit, n°95-81277 ; Cass. crim. (ord. prés.), 4 juill. 1996, Bull. crim., n°285 ; Cass. crim., 4 mars 2008, Inédit, n°07-84002 ; Cass. crim., 18 nov. 2009, Inédit, n°08-87733.

¹¹¹³ En ce sens, Cass. crim., 10 janv. 1946, préc. ; Cass. crim., 23 janv. 1963, D., 1963, somm., p. 75 ; Cass. crim., 7 déc. 2005, préc. (la jonction de procédures doit respecter le principe du contradictoire). Cette hypothèse demeure cependant théorique, la jurisprudence refusant de reconnaître un grief du fait de l'adoption d'une décision de jonction ou de disjonction.

¹¹¹⁴ V. not., Cass. crim., 27 juin 1963, Bull. crim., n°236 ; Cass. crim., 24 avril 1996, Bull. crim., n°163 ; Dr. pénal, 1996, comm. n°238, note A. MARON.

¹¹¹⁵ V. CEDH, 23 nov. 1993, *Poitrinol / France*, Dr. pénal, 1994, comm. n°96 et 97, note A. MARON ; CEDH, 29 juill. 1998, *Omar et Guérin / France*, D., 1998, somm. comm., p. 364 et 365, obs. J.-F. RENUCCI ; Rev. sc. crim., 1998, p. 832 et 835, obs. L.-E. PETTITI ; Rev. sc. crim., 1999, p. 400, obs. R. KOERING-JOULIN. V. surtout, CEDH, 14 déc. 1999, *Khalifaoui / France*, D., 2000, somm. comm., p. 180, obs. J.-F. RENUCCI ; Rev. sc. crim., 2000, p. 455, note F. MASSIAS ; Procédures, 2000, comm. n°41, note J. BUISSON ; CEDH, 25 juill. 2002, *Papon / France*, n°54210/00.

188. Le raisonnement est tout autre pour la phase d'exécution des peines. Les décisions prises par le juge d'application des peines étaient qualifiées de mesures d'administration judiciaire jusqu'aux réformes réalisées par les lois du 15 juin 2000 et du 9 mars 2004¹¹¹⁶. La juridictionnalisation complète de l'application des peines a modifié leur nature juridique¹¹¹⁷. Autant dire que les mesures d'administration judiciaire ont disparu à ce stade du procès pénal¹¹¹⁸. Les attributions d'administration judiciaire du juge délégué aux victimes, magistrat institué par le décret n°2007-1605 du 13 novembre 2007, ont également été supprimées¹¹¹⁹. D'autres exemples de mesures d'administration judiciaire auraient pu être mentionnés¹¹²⁰. Mais il n'apparaît pas utile de s'attarder davantage sur ces actes, qui, à la différence des actes coercitifs, ne portent pas atteinte à la liberté individuelle. Leur nature profonde explique leur régime juridique particulier.

B – La spécificité du régime juridique de la mesure d'administration judiciaire

189. L'administration judiciaire se caractérise surtout par sa neutralité, l'absence ou la faiblesse du grief provoqué. Ce critère justifie un régime dérogatoire, largement privilégié. Son régime s'oppose en effet à celui de l'acte juridictionnel. Aussi, l'acte se révèle affranchi de certains principes fondamentaux de la procédure pénale (1°). Par contraste, il affiche une conformité avec d'autres grands principes de cette procédure (2°).

1°- Un acte affranchi de certains principes fondamentaux de la procédure pénale

190. S'ils sont contestés, les actes de la procédure pénale peuvent d'ordinaire faire l'objet d'un recours. Celui-ci prend généralement la forme d'un appel ou d'une requête en annulation. Le droit à un recours effectif demeure un principe éminent, garanti par les articles 6 §1 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. La mesure d'administration judiciaire méconnaît pourtant ce droit (a). Elle ignore, de surcroît, les droits de la défense (b).

¹¹¹⁶ V. par ex., Cass. crim., 7 avril 1992, Bull. crim., n°143 ; Cass. crim., 26 juin 1996, Bull. crim., n°275 ; Dr. pénal, 1997, comm. n°27, note A. MARON. *Adde*, E. BONIS-GARÇON, Les décisions provisoires (...), *op. cit.*, n°540 et s., p. 319 et s.

¹¹¹⁷ V. *infra*, n°279 et s.

¹¹¹⁸ L'article 723-24 du C.P.P. conserve cependant la qualification. Sur cette évolution, R. GASSIN, Les mesures d'administration (...), *op. cit.*, n°14 à 16, p. 957 à 959.

¹¹¹⁹ V. CE, 5 fév. 2010, n°312314, *Syndicat de la magistrature*, annulant les articles D. 47-6-4 à D. 47-6-11 du C.P.P. (art. 1^{er} du décret du 13 nov. 2007).

¹¹²⁰ Par ex. : art. 702-1, 710 du C.P.P. (renvois) ; Cass. crim., 6 mai 2008, Inédit, n°07-82252 et 07-82836 (la décision par laquelle les juges ordonnent un supplément d'information est une simple mesure d'administration judiciaire) ; Cass. crim., 11 mai 2010, n°09-83740 (l'organisation des audiences est une pure mesure d'administration judiciaire) ; Cass. crim., 30 juin 2010, Inédit, n°09-82062 (rejet d'une demande de sursis à statuer) ; Cass. crim., 6 oct. 2010, Inédit, n°09-87879 (*idem*).

a) La méconnaissance du droit à un recours

191. Les mesures d'administration judiciaire ne sont susceptibles d'aucun recours en procédure civile ou pénale¹¹²¹. Elles pourraient être simplement frappées d'un recours en annulation pour excès de pouvoir devant la Cour de cassation par le parquet sur ordre du garde des Sceaux¹¹²². En pratique, cette règle semble méconnue par la jurisprudence moderne. Elle est appliquée de façon résiduelle, les arrêts se révélant très anciens¹¹²³. Ce recours relève donc davantage de la théorie que de la pratique. A en croire certains auteurs, les mesures d'administration judiciaire pourraient, en outre, faire l'objet d'une demande d'annulation par les parties en cas d'excès de pouvoir¹¹²⁴. Cela ne paraît pas être le cas en jurisprudence et cela s'avère logique, car l'acte occasionne, tout au plus, un grief de faible importance¹¹²⁵. Sous ce bénéfice, la mesure n'enfreint pas le droit constitutionnel à un recours¹¹²⁶. Ces actes ont toutefois d'importantes conséquences pratiques, en particulier les décisions de renvoi ou le choix d'une formation¹¹²⁷. Dans les hypothèses où l'on a plaidé en faveur de l'ouverture d'un recours-nullité, la qualification de mesure d'administration judiciaire n'était pas idoine : l'acte générerait de manière incontestable un grief¹¹²⁸.

b) L'ignorance des droits de la défense

192. Les mesures d'administration judiciaire ne s'embarrassent pas du respect des droits de la défense. Au contraire, elles paraissent ignorer ces droits. Cette ignorance se manifeste, en premier lieu, par l'absence de contradiction au moment de leur adoption. Le principe du contradictoire participe des droits de la défense¹¹²⁹, présentés classiquement comme « l'âme du système accusatoire »¹¹³⁰. La Cour

¹¹²¹ Art. 537 du N.C.P.C. ; V. not., art. 43 al. 2, 83 al. 4 ou 398 al. 6 du C.P.P.

¹¹²² V. CA Aix-en-Provence, 31 janv. 1996, B.I.C.C., 1996, n°565. La doctrine pénale est en ce sens : V. S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op. cit.*, n°2634 ; B. BOULOC, Procédure pénale, *op. cit.*, n°1151 et 1153 ; P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n°651 ; J. PRADEL, Procédure pénale, *op. cit.*, n°1009 ; R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, n°874. V. aussi, V. CHAPELLE-BOUCHARD, Le droit de recours en matière pénale : Contribution à l'étude des droits de la personne poursuivie, Thèse, Toulon, 2000, n°170, p. 130.

¹¹²³ M. DEGOFFE, E. JEULAND, Les mesures d'administration judiciaire (...), *op. cit.*, n°14, p. 152 (Réserve faite de l'arrêt de la CA d'Aix, 31 janv. 1996, préc., qui considère un appel-nullité irrecevable contre une mesure d'administration judiciaire car « elle ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation, lequel est approprié au contrôle de la légalité (...) »).

¹¹²⁴ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°933, prenant pour exemple la délocalisation de l'affaire en vertu de l'article 43 du C.P.P. et un excès de pouvoir éventuel du procureur général.

¹¹²⁵ V. not., en matière civile, Cass. civ. 1^{ère}, 16 nov. 2004, Bull. civ., I, n°266 : « Une décision de radiation du rôle, mesure d'administration judiciaire qui n'a pas de caractère juridictionnel, ne peut être déférée à la Cour de cassation, fût-ce pour excès de pouvoir ». Dans le même sens : A. PERDRIAU, Les mesures d'administration (...), *op. cit.*, n°9, p. 361. *Contra* : E. JEULAND, Droit processuel général, *op. cit.*, n°450, regrettant que « ce recours soit si peu ouvert, car les mesures d'administration judiciaire revêtent une grande importance pratique et font certainement parfois grief aux parties ».

¹¹²⁶ C.C., 9 avril 1996, n°96-373 DC, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec., p. 43, cons. 83 ; D., 1998, somm. comm., p. 153, obs. T.-S. RENOUX.

¹¹²⁷ M. DEGOFFE, E. JEULAND, *op. cit.*, n°14, p. 153.

¹¹²⁸ Telle l'ordonnance de continuation de l'instruction de l'article 175-2 du C.P.P. En ce sens, P. MORVAN, *op. cit.*, n°8 et s., p. 2512 et s.

¹¹²⁹ Sur la notion, V. par ex., J. LEAUTE, Les principes généraux relatifs aux droits de la défense, *Rev. sc. crim.*, 1953, p. 471 et s. ; M. ALLEHAUT, Les droits de la défense, in *Recueil d'études à la mémoire de M. PATIN*, Cujas, 1965, p. 455 et s. ; J.-P. COSTA, Les droits de la défense selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Gaz. pal.*,

de Strasbourg en a précisé les contours. Il consiste « pour les parties à un procès civil ou pénal à prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge (...) en vue d'influencer sa décision et de la discuter »¹¹³¹. A la suite d'un auteur, « on sait intuitivement qu'une procédure doit permettre à l'individu, dont les intérêts sont menacés par le jugement qui va en résulter, de présenter ses observations en défense »¹¹³². Or, les mesures d'administration judiciaire revêtent, pour une bonne part, un aspect discrétionnaire. Elles peuvent encore être prises de manière mécanique, comme avec le tableau de roulement institué par le président du tribunal en vue de désigner le juge chargé d'instruire l'affaire. Servant la bonne administration de la justice pénale, de tels actes ne donnent lieu à aucune discussion lors de leur adoption. Leur neutralité explique l'absence de contradiction, même si celle-ci resurgit parfois et s'impose au juge¹¹³³.

193. L'ignorance des droits de la défense se traduit, en second lieu, par l'absence de notification des mesures d'administration judiciaire aux parties. Une décision juridictionnelle demeure, en général, susceptible de recours¹¹³⁴ ; et toute décision pouvant faire l'objet d'un recours doit être notifiée aux parties afin qu'elles soient en mesure d'exercer leurs droits. De nature différente, la mesure d'administration judiciaire ne connaît pas cette règle. Elle n'ouvre pas droit à la critique. Sa notification aux parties apparaît donc superflue. De plus, les décisions relevant de l'administration judiciaire ne sont pas toujours versées au dossier, ce qui institue une véritable clandestinité¹¹³⁵. Le secret de l'acte à l'égard des parties les prive d'un recours devant les juridictions répressives. Il en résulte que si la mesure devait être motivée, la personne poursuivie ou la partie civile n'aurait pas la possibilité de demander le contrôle des conditions essentielles de son existence légale¹¹³⁶. Regardée d'habitude comme une garantie pour les justiciables¹¹³⁷, la motivation se révèle artificielle dans pareil cas. En définitive, la mesure d'administration judiciaire s'affranchit du respect des droits de la défense, parce qu'elle concerne le service public de la justice, non les intérêts de la personne poursuivie¹¹³⁸.

2002, doct., p. 1418 et s. ; C. GINESTET, Les droits de la défense en procédure pénale, *in* Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 20^{ème} éd., 2014, R. CABRILLAC (dir.), p. 627 et s.

¹¹³⁰ ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, Plon, 1855, n°1853, p. 869. Sur les droits de la défense, V. *infra*, n°792 et s.

¹¹³¹ CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos / Espagne*, n°12952/87, §30 ; CEDH, 20 fév. 1996, *Lobo Machado / Portugal*, n°15764/89, §31 ; CEDH, 20 fév. 1996, *Vermeulen / Belgique*, n°19075/91, §33.

¹¹³² M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire (Droit processuel)*, Thèse, Paris II, 1988, n°1, p. 7.

¹¹³³ Cass. Ass. plén., 24 nov. 1989, D., 1990, jurispr., p. 25, concl. CABANNES ; J.C.P., 1990, II, 21407, note L. CADIET.

¹¹³⁴ Il existe toutefois des jugements insusceptibles de recours : V. J. NORMAND, *Le domaine du principe de motivation*, *in* La motivation, Travaux de l'Association H. CAPITANT, L.G.D.J., 2000, p. 17 et s.

¹¹³⁵ P. MORVAN, *op. cit.*, n°16 et s., p. 2514 et s., à propos de l'ordonnance de continuation de l'instruction.

¹¹³⁶ En ce sens, P. MORVAN, *op. cit.*, n°23, p. 2515.

¹¹³⁷ V. par ex., CEDH, 14 nov. 2000, *Annoni di Gussola et autres / France*, n°31819/96 et 33293/96 ; D., 2001, somm. comm., p. 1061, obs. N. FRICERO.

¹¹³⁸ V. B. BOULOC, *L'acte d'instruction*, *op. cit.*, n°112, p. 76.

2°- Un acte conforme à des grands principes de la procédure pénale

194. En accomplissant un acte d'administration, le magistrat semble sauvegarder son impartialité (a). Cet acte évite, par ailleurs, un contentieux important, vu qu'il est insusceptible de critique. Utile à l'organisation de la justice pénale, il favorise de la sorte la célérité de la procédure (b).

a) L'impartialité du magistrat sauvegardée

195. Prévues notamment aux articles préliminaire, 49, alinéa 2, et 253 du C.P.P., la séparation des fonctions de justice prohibe l'intervention successive du même magistrat aux différents stades de la procédure. Ainsi le juge d'instruction ne peut, par exemple, participer au jugement des affaires qu'il a instruites¹¹³⁹. Ce principe tend à éviter que le magistrat se forge un pré-jugement sur la culpabilité du justiciable¹¹⁴⁰, autrement dit qu'il entame son impartialité¹¹⁴¹.

196. L'exécution antérieure d'un acte d'instruction participe de cette incompatibilité, car il a pour objet la recherche de la vérité¹¹⁴². L'accomplissement préalable d'un acte d'administration autorise en revanche son auteur à siéger au sein de la juridiction de jugement : l'acte ne permet pas la recherche de la vérité¹¹⁴³. Sa vocation réside seulement dans l'organisation de cette recherche¹¹⁴⁴. Le magistrat ne se prononce pas sur le fond de l'affaire, il ne tranche aucune prétention. La chambre criminelle va d'ailleurs au bout de son raisonnement : un juge du siège peut effectuer un « acte d'administration générale »¹¹⁴⁵, bien que ce magistrat soit déjà intervenu dans la procédure¹¹⁴⁶. Il ne peut donc accomplir qu'un acte étranger au fond et ne peut participer aux débats et au jugement¹¹⁴⁷. Cette solution apparaît également conforme aux stipulations de l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹¹⁴⁸. Une mesure d'administration judiciaire préserve l'impartialité de son auteur en raison de sa neutralité, indépendamment du moment de son exécution.

¹¹³⁹ V. P. CHAMBON, La règle « le juge d'instruction ne peut prendre part au jugement des affaires qu'il a instruites » peut-elle être retournée ?, J.C.P., 1956, I, 1279.

¹¹⁴⁰ V. LESCLOUS, C. MARSAT, Dr. pénal, 1995, chron. n°57.

¹¹⁴¹ En ce sens, B. BOULOC, *op. cit.*, n°114, p. 77. Sur les rapports entre l'acte coercitif et l'impartialité, V. *infra*, n°858 et s.

¹¹⁴² L'accomplissement d'un acte de poursuite également puisqu'il renvoie à la mise en mouvement et à l'exercice de l'action publique. La personne est poursuivie devant les juridictions répressives.

¹¹⁴³ V. par ex., Cass. crim., 3 fév. 1865, Bull. crim., n°24 ; Cass. crim., 26 nov. 1897, Bull. crim., n°376 ; Cass. crim., 21 mars 1935, Bull. crim., n°35. Intervenue à propos de la commission rogatoire, cette solution « peut être étendue à tous les actes d'administration » : B. BOULOC, *op. et loc. cit.* ; Cass. crim., 3 oct. 1968, J.C.P., 1970, II, 16272, note P. ROBERT ; Cass. crim., 14 déc. 1988, Bull. crim., n°430.

¹¹⁴⁴ S. JOSSERAND, L'impartialité du magistrat en procédure pénale, L.G.D.J., 1998, Bibl. sc. crim., t. 33, préf. J. FRANCILLON, n°32, p. 36.

¹¹⁴⁵ Cass. crim., 4 sept. 1948, Bull. crim., n°235.

¹¹⁴⁶ Cass. crim., 13 août 1908, D.P., 1910, I, p. 105, note G. LE POITTEVIN ; V. aussi, Cass. crim., 3 juin 1843, Bull. crim., n°131 ; Cass. crim., 2 avril 1896, D.P., 1896, I, p. 440 ; Cass. crim., 20 mars 1952, D., 1952, jurisp., p. 419.

¹¹⁴⁷ S. JOSSERAND, *op. cit.*, n°67 et s., p. 55 et 56.

¹¹⁴⁸ Rapp., Cass. crim., 20 août 1991, J.C.P., 1991, I.R., p. 383.

b) La célérité de la procédure favorisée

197. Hormis les renvois et l'ordonnance de continuation de l'instruction susceptibles d'engendrer un délai déraisonnable¹¹⁴⁹, l'administration judiciaire facilite sous un certain aspect la célérité de la procédure¹¹⁵⁰. D'un côté, ces actes ne sont soumis à aucune discussion contradictoire et s'opposent à tout recours contentieux des parties. Ils ne prêtent pas à des recours dilatoires, source d'allongement des délais. D'un autre côté, ces décisions contribuent de façon substantielle à l'organisation et au bon déroulement du procès pénal. Elles permettent l'avancée de la procédure. Leur caractère ainsi que leur finalité témoignent de leur efficacité.

198. La mesure d'administration judiciaire n'interrompt pas non plus la prescription de l'action publique¹¹⁵¹. Une telle décision montre l'intérêt de la justice pour une affaire¹¹⁵². Mais selon la lettre de l'article 7 du C.P.P., seuls les « actes d'instruction ou de poursuite » constituent des causes d'interruption de la prescription. Un acte d'administration ne peut avoir cette incidence, sauf à procéder à une interprétation *praeter legem* très contestable. Si le législateur avait voulu faire de la mesure d'administration judiciaire un acte interruptif de prescription, il l'aurait précisé dans l'article 7 du C.P.P. Les décisions favorables à la bonne administration de la justice pénale demeurent sans conséquence sur le délai au terme duquel les poursuites ne peuvent plus être exercées.

199. Catégorie hétéroclite, les mesures d'administration judiciaire sont finalement nombreuses en procédure pénale, même si la qualification semble plutôt en régression¹¹⁵³. Il est possible de percevoir cette mesure comme une qualification autonome. Très proche de la mesure d'ordre intérieur du droit public, elle se dissocie de l'acte administratif. Prise dans l'intérêt du service de la justice pénale, elle emporte, au plus, un grief de faible importance. Elle n'attente pas aux droits des parties en d'autres termes. Ce critère principal explique la spécificité de son régime juridique, marqué par l'absence de recours contentieux. Il faut en conclure qu'elle n'a pas la capacité de contraindre un tiers, d'attenter à la liberté individuelle. Elle reste ainsi étrangère à la notion d'acte coercitif, celui-ci ne pouvant se rattacher à cette catégorie d'actes. Les qualifications semblent même s'opposer. L'acte coercitif emprunte, en revanche, à l'acte de juridiction.

¹¹⁴⁹ Pour l'ordonnance justifiant la durée de l'information, C. SAAS, obs. sur Cass. crim., 17 janv. 2006, A.J. pénal, 2006, p. 178.

¹¹⁵⁰ Sur la notion, F. CASORLA, La célérité du procès pénal en droit français, R.I.D.P., 1995, p. 521 et s.

¹¹⁵¹ Cass. crim., 26 fév. 2002, Procédures, 2002, comm. n°145, note J. BUISSON.

¹¹⁵² B. BOULOC, *op. cit.*, n°117, p. 78 et 79, n°120, p. 80 et n°122, p. 81 et 82. Selon l'auteur, l'acte d'administration interrompt la prescription de l'action publique.

¹¹⁵³ En ce sens, R. GASSIN, Les mesures d'administration judiciaire (...), *op. cit.*, n°6 et s., p. 953 et s.

§2 – Un rattachement partiel aux actes juridictionnels

200. L'acte juridictionnel désigne d'une autre manière le jugement. Il matérialise l'acte de juger. Ses effets sont connus : il a en principe force exécutoire, il provoque normalement le dessaisissement de son auteur¹¹⁵⁴ et bénéficie de l'autorité de la chose jugée¹¹⁵⁵. On sait également que cet acte peut d'ordinaire être attaqué par l'exercice des voies de recours, mais non par le biais d'une action en annulation¹¹⁵⁶. En réalité, son régime juridique ne semble pas poser de difficultés sérieuses. C'est la notion d'acte juridictionnel qui a suscité d'importantes controverses. Les auteurs ont proposé différents critères afin de dégager cette qualification et la discriminer de l'acte administratif. Transcendant tous les contentieux, l'étude de ces critères suppose d'étendre la recherche au droit processuel (A). Ce n'est qu'après avoir cerné cette notion que ses principales manifestations ressortiront en procédure pénale (B).

A – Les critères de qualification en droit processuel

201. Le législateur s'est toujours gardé de définir l'acte juridictionnel. Au sens étymologique, il est celui par lequel un juge « dit le droit » (*jus dicere*). Avec l'instauration d'une véritable juridiction administrative depuis l'arrêt *Cadot* de 1889¹¹⁵⁷, puis la prolifération d'autorités administratives aux structures mal définies, la doctrine publiciste part en quête du critère de l'acte juridictionnel. De nombreuses théories ont été élaborées. Souvent peu convaincantes, elles ont au moins permis d'approfondir le débat avec les auteurs du droit privé sur cette notion. Si les controverses relatives au critère de l'acte ont atteint une certaine intensité (1°), elles se sont aujourd'hui essouffées (2°).

1°- L'intensité des controverses relatives au critère de l'acte juridictionnel

202. Cette question appelle des développements limités. Des ouvrages et travaux de recherche ont déjà repris les termes du débat de façon exhaustive¹¹⁵⁸. Les développer à nouveau ne présenterait donc aucun intérêt, notamment au regard de la notion d'acte coercitif. Deux thèses opposées ont été principalement soutenues en la matière. Certains auteurs ont caractérisé l'acte juridictionnel au moyen de critères formels (a). D'autres, au contraire, ont avancé des critères matériels (b) pour reconnaître cette notion.

¹¹⁵⁴ *Lata sententia judex desinit esse judex* : « La sentence une fois rendue, le juge cesse d'être juge ».

¹¹⁵⁵ Une présomption irréfragable de vérité est notamment attachée à la décision du juge : *res judicata pro veritate habetur*. Sur l'autorité de la chose jugée, V. parmi d'autres, G. WIEDERKHER, Sens, signification et signification de l'autorité de chose jugée, *Etudes J. NORMAND, Litec*, 2003, p. 507 et s.

¹¹⁵⁶ V. art. 460 du C.P.C. La règle est traditionnelle : « Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements ».

¹¹⁵⁷ S., 1892, III, p. 17, note HAURIOU.

¹¹⁵⁸ N. VALTICOS, L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, Thèse, Paris, 1948, Sirey, 1953, n°3 et s., p. 7 et s. ; C. JARROSSON, La notion d'arbitrage, *op. cit.*, n°42 et s., p. 31 et s. ; H. SOLUS, R. PERROT, *Traité de Droit judiciaire privé*, t. I, Sirey, 1961, n°465 et s., p. 426 et s. ; C. BLANCHARD, La dispense (...), *op. cit.*, n°444 et s., p. 451 et s.

a) Les critères formels

203. Ils s'attachent à la forme de l'acte, à des signes extérieurs à celui-ci. Ils se divisent en trois catégories : le critère organique, le critère procédural et celui de la force de vérité légale inhérente à l'acte. D'après le critère organique, l'acte juridictionnel émane d'une juridiction, c'est-à-dire d'un organe spécialisé, hiérarchisé, indépendant et impartial. Tout acte adopté par une juridiction possède ce caractère. Ce sont ces garanties d'impartialité et d'indépendance qui justifient l'autorité particulière des actes juridictionnels¹¹⁵⁹. Mais cette conception déplace la question vers celle de savoir ce qu'est une juridiction¹¹⁶⁰. En outre, les juridictions prennent des actes non juridictionnels, comme les mesures d'administration judiciaire¹¹⁶¹. A ce critère organique insuffisant¹¹⁶², est souvent ajouté un critère procédural. L'acte juridictionnel serait caractérisé par le respect d'un certain formalisme, source de garanties : la possibilité d'un débat contradictoire, la publicité des audiences ou encore la motivation des décisions¹¹⁶³. Ce critère n'a pas été reconnu essentiel, même cumulé avec le premier¹¹⁶⁴. La procédure n'est pas la cause, mais juste une conséquence de l'affirmation du caractère juridictionnel de l'acte¹¹⁶⁵. Le formalisme de la procédure, notamment la contradiction, se retrouve de plus en dehors de la fonction juridictionnelle¹¹⁶⁶. Enfin, selon le critère de la force de vérité légale, l'acte juridictionnel se distingue par son effet spécifique : l'autorité de la chose jugée. C'est la force attachée à l'acte qui permet de le définir¹¹⁶⁷. Cette théorie présente une erreur de méthode. La qualification d'un acte détermine ses conséquences juridiques (l'autorité qui lui est attachée) et non l'inverse¹¹⁶⁸. Pris isolément ou combinés, les critères formels ne suffisent donc pas à caractériser l'acte juridictionnel.

¹¹⁵⁹ R. CARRE DE MALBERG, Contribution à la théorie générale de l'Etat, t. I, Dalloz, rééd. 2004, préf. E. MAULIN, n°265, p. 788.

¹¹⁶⁰ En ce sens, M. WALINE, Du critère des actes juridictionnels, R.D.P., 1933, p. 565 et s., spéc. p. 569. Sur ce point : L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, Théorie générale du procès, P.U.F., Thémis droit, 2^{ème} éd., 2013, n°102 et s., p. 410 et s.

¹¹⁶¹ V. J. DE SOTO, La notion de juridiction, D., 1956, chron., p. 45 et s., spéc. p. 47.

¹¹⁶² V. par ex., P. LAMPUE, La notion d'acte juridictionnel, R.D.P., 1946, p. 5 et s., spéc. p. 40 à 43 ; C. BLANCHARD, *op. cit.*, n°445, p. 451.

¹¹⁶³ R. CARRE DE MALBERG, *op. cit.*, n°261, p. 782, n°264, p. 787 et n°265, p. 788.

¹¹⁶⁴ H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit.*, n°472, p. 432 ; C. JARROSSON, *op. cit.*, n°48, p. 33. Sur l'insuffisance du cumul : H. VIZIOZ, obs. sur CA Riom, 25 nov. 1946, R.T.D.civ., 1948, p. 95.

¹¹⁶⁵ H. SOLUS, R. PERROT, *op. et loc. cit.* ; G. CORNU, J. FOYER, Procédure civile, P.U.F., Thémis droit privé, 3^{ème} éd., 1996, p. 98.

¹¹⁶⁶ Devant certaines autorités administratives, ainsi d'une décision du Conseil de l'ordre des avocats qui statue sur une demande d'admission au barreau : V. H. MOTULSKY, Droit processuel, *op. cit.*, p. 16.

¹¹⁶⁷ JAPIOT, Traité élémentaire de procédure civile, Lib. Rousseau, 3^{ème} éd., 1935, n°137, p. 125 ; G. JEZE, L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux, R.D.P., 1909, p. 667 et s. ; G. JEZE, De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel, R.D.P., 1913, p. 437 et s. ; G. JEZE, Les principes généraux (...), t. I, *op. cit.*, p. 48 et s. Selon ces auteurs, un acte serait juridictionnel lorsqu'il a force de vérité légale. Pour vérifier si l'autorité de chose jugée appartient ou non à l'acte, il faut se référer à la volonté du législateur. La nature d'un acte résulterait de l'interprétation ainsi exprimée (V. JEZE, L'acte juridictionnel (...), *op. cit.*, p. 670).

¹¹⁶⁸ En ce sens, L. CADIET, E. JEULAND, *op. cit.*, n°77 ; H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit.*, n°473, p. 433 ; H. MOTULSKY, *op. et loc. cit.* Pour une appréciation beaucoup plus nuancée, C. JARROSSON, *op. cit.*, n°54 et 55, p. 35.

b) Les critères matériels

204. Ils ont pour dénominateur commun de s'intéresser à la nature intrinsèque de l'acte. Toutefois, les différents courants de pensée ne mettent pas l'accent sur le même critère. Ce serait d'abord le critère tiré du but ou de la finalité de l'acte juridictionnel qui autoriserait cette qualification. Un tel acte tendrait à l'application de la règle de droit en tant que finalité. Le juge ne poursuivrait jamais d'autre but que le maintien du système juridique existant, à la différence de l'acte administratif, qui assurerait bien l'exécution de la loi, mais aux seules fins de satisfaire aux intérêts de l'Etat¹¹⁶⁹. Le but de l'acte administratif serait de faire fonctionner les services publics pour la satisfaction de l'intérêt général, l'application de la règle de droit n'étant qu'un moyen d'y parvenir¹¹⁷⁰. Or, l'application de la règle de droit doit remplir, dans l'acte juridictionnel, la fonction sociale de trancher un conflit d'intérêts¹¹⁷¹ ; car « la juridiction n'est pas de l'art pour l'art »¹¹⁷².

205. Un deuxième critère a été avancé, tiré de la structure de l'acte. La fonction du juge serait de constater les atteintes au droit et d'en dégager les conséquences par une décision. Le complexe constatation-décision fournirait la définition de l'acte juridictionnel¹¹⁷³. Parmi les critiques émises à l'encontre de cette thèse¹¹⁷⁴, il a été relevé qu'ou bien la constatation est suffisante et épuise la notion même de décision, ou bien la décision ne procède pas automatiquement de la constatation, elle constitue un acte volitif distinct, un choix à exercer après la constatation¹¹⁷⁵. Selon une autre doctrine, la constatation, qui bénéficie d'une force de vérité légale, reste l'élément fondamental de l'acte juridictionnel, la décision ne participant pas de cette notion¹¹⁷⁶. Brisant l'unité d'un tel acte en dissociant deux éléments souvent indivisibles¹¹⁷⁷, pareille analyse semble revêtir un caractère artificiel, car elle force à admettre que le jugement s'accompagne d'une compétence administrative, en violation du principe de séparation des pouvoirs¹¹⁷⁸. On a alors tenté de spécifier la constatation par son objet en introduisant dans la notion un élément objectif : au moyen de celle-ci, l'acte résout non une question

¹¹⁶⁹ Telle est la pensée d'OTTO MAYER, JELLINEK, LABAND ou ARTUR. Pour un exposé de ces doctrines : P. LAMPUE, *op. cit.*, p. 24 et s., réfutant cette théorie p. 27.

¹¹⁷⁰ En ce sens, R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Sirey, 2^{ème} éd., 1949, n°73, p. 79.

¹¹⁷¹ H. MOTULSKY, *op. cit.*, p. 16.

¹¹⁷² G. CORNU, J. FOYER, *op. cit.*, p. 98 ; C. CHAUMONT, *Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel*, R.D.P., 1942, p. 93 et s., spéc. p. 106 : « La fonction juridictionnelle est une fonction pratique et non pas esthétique ».

¹¹⁷³ L. DUGUIT, *L'acte administratif et l'acte juridictionnel*, R.D.P., 1906, p. 413 et s., not. p. 450 et 451, pour qui « toute décision juridictionnelle est un syllogisme » avec la majeure, la mineure et la conclusion ; L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz, rééd. 2003, préf. F. MODERNE, p. 415 et s. A quelques nuances près, cette conception a été adoptée par P. LAMPUE, *op. cit.*, p. 34 et 36 ; P. LAMPUE, *La distinction des contentieux*, in *La technique et les principes du droit public*, Mélanges G. SCHELLE, t. I, 1950, p. 285 et s., spéc. p. 287 et 289.

¹¹⁷⁴ Pour leur exposé : H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit.*, n°478, p. 437.

¹¹⁷⁵ H. MOTULSKY, *op. et loc. cit.* ; H. VIZIOZ, *Etudes de procédure*, éd. Bière, 1956, p. 88 et s.

¹¹⁷⁶ V. G. JEZE, *L'acte juridictionnel (...)*, *op. cit.*, p. 677 ; G. JEZE, *Les principes (...)*, *op. cit.*, p. 51 et la note n°2.

¹¹⁷⁷ P. HEBRAUD, *L'acte juridictionnel et la classification des contentieux. A propos de la condamnation pénale*, *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1949 (Tome XIX), p. 131 et s., spéc. n°7, p. 144 à 146 ; H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit.*, n°479, p. 438, reprenant l'analyse de BONNARD et de HEBRAUD.

¹¹⁷⁸ V. R. BONNARD, *La conception matérielle de la fonction juridictionnelle*, Mélanges R. CARRE DE MALBERG, Sirey, 1933, p. 3 et s., spéc. p. 24 et 25.

de droit quelconque, mais une question de violation de la loi¹¹⁷⁹. Mais si la question soumise au juge se pose souvent sur le terrain de la violation du droit, celui-ci résout aussi des questions de fait et non nécessairement des questions de droit¹¹⁸⁰.

206. Le dernier critère matériel mis en exergue est celui de l'existence d'une contestation ou d'un litige. L'acte juridictionnel consisterait à trancher une contestation, laquelle sous-tend le contentieux¹¹⁸¹. Elle s'entend d'un conflit entre des prétentions antagonistes que les parties ont accepté de soumettre à un juge public afin qu'il lui apporte une solution pacifique. La plupart des auteurs retient cette conception¹¹⁸². D'autres s'appuient sur la théorie de la constatation, mais y ajoutent l'idée de contestation¹¹⁸³. La doctrine privatiste avoue néanmoins l'ambiguïté de la notion de contestation et lui préfère celle de litige¹¹⁸⁴. La contestation peut être simplement « latente ou implicite »¹¹⁸⁵, dans l'hypothèse où une situation litigieuse n'a pas généré une contestation effective entre les deux adversaires¹¹⁸⁶. Son absence n'ôte pas *ipso facto* à un acte tout caractère juridictionnel, car une prétention unilatérale suffit à faire entrer le juge dans sa fonction juridictionnelle. Ce critère du litige à résoudre a, en tout cas, contribué à affaiblir les controverses relatives à l'acte de juridiction, même s'il est parfois considéré comme trop large et trop étroit à la fois¹¹⁸⁷.

2°- L'affaiblissement des controverses relatives au critère de l'acte juridictionnel

207. Pris isolément, les critères formels et matériels ont peu convaincu. Ils n'ont pas permis de définir l'acte juridictionnel de manière très satisfaisante. Pourtant, les controverses se sont apaisées. Cette évolution a pour origine l'admission d'une combinaison de ces critères : un acte possède la nature juridictionnelle s'il répond tant à des critères formels que matériels¹¹⁸⁸. Parmi eux, celui de

¹¹⁷⁹ R. GUILLIEN, L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée. Essai critique, Thèse, Bordeaux, 1931, p. 59 et s., p. 88 et 89, p. 148 à 164, l'auteur ayant été très influencé par les travaux de JEZE et de DUGUIT.

¹¹⁸⁰ En ce sens, P. HEBRAUD, *op. cit.*, n°9 et 10, p. 150 à 152 ; G. CORNU, J. FOYER, *op. cit.*, p. 99.

¹¹⁸¹ HAURIUO, Les éléments du contentieux, Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, 1905, p. 1 et s., spéc. p. 15 et s.

¹¹⁸² V. not., P. HEBRAUD, *op. cit.*, n°13 et s., p. 161 et s.

¹¹⁸³ V. R. BONNARD, *op. cit.*, p. 29.

¹¹⁸⁴ V. par ex., H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit.*, n°480, p. 439 ; JAPIOT, *op. cit.*, n°147, p. 132 : « L'existence d'un litige permet de dire d'une façon très sûre que le juge qui intervient exerce la fonction juridictionnelle » ; H. VIZIOZ, Etudes de procédure, *op. cit.*, p. 239 ; H. VIZIOZ, obs. préc. sur CA Riom, 25 nov. 1946.

¹¹⁸⁵ H. SOLUS, R. PERROT, *op. et loc. cit.*

¹¹⁸⁶ Voilà pourquoi MOTULSKY, *op. cit.*, p. 16 et 17, précise que « tout litige ne donne pas lieu à acte juridictionnel, il faut donc préciser les données (juridicité en particulier) et ajoute qu'« une prétention relative à un conflit d'intérêts doit suffire ».

¹¹⁸⁷ Pour cette critique : L. CADIET, E. JEULAND, *op. cit.*, n°78.

¹¹⁸⁸ La doctrine majoritaire est en ce sens : P. HEBRAUD, *op. cit.*, n°3, p. 135 et s. ; J. DE SOTO, *op. cit.*, p. 46 ; N. VALTICOS, *op. cit.*, n°27, p. 26 ; H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit.*, n°481, p. 440 et s. ; H. MOTULSKY, *op. cit.*, p. 17 ; G. COUCHEZ, X. LAGARDE, Procédure civile, *op. cit.*, n°212 ; J. CHEVALLIER, Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle, Mélanges M. STASSINOPOULOS, L.G.D.J., 1974, p. 275 et s., not. n°14 et s., p. 284 et s. ; S. RIALS, La fonction de juger. Ouverture : L'office du juge, Droits, n°9, 1989, p. 3 et s., spéc. p. 8 et 9. Pour la qualification de juridiction, O. GOHIN, Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ?, Droits, n°9, 1989, p. 93 et s., spéc. p. 98 et s.

l'existence d'une contestation (ou d'un litige) à trancher domine l'analyse¹¹⁸⁹. La contestation apparaît comme un « incident de l'ordonnement juridique », qui se caractérise par l'autorité de celui qui y procède et la conformation au droit, c'est-à-dire le moyen de réaliser la fonction, d'apaiser le conflit¹¹⁹⁰. De son côté, le juge administratif a préféré le critère matériel dans l'arrêt de principe *De Bayo* livrant une définition de la juridiction¹¹⁹¹. Le caractère non juridictionnel d'un organisme tient, non pas aux « formes » dans lesquelles il procède, mais à la « nature de la matière » dans laquelle il décide¹¹⁹². Pour savoir si un acte est juridictionnel, le Conseil d'Etat recherche parfois si le président d'une juridiction dit le droit entre des prétentions opposées ou tranche un litige¹¹⁹³.

208. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'adopte pas expressément un critère de qualification de l'acte juridictionnel. A la lecture de son article 6, la fonction de juger suppose pourtant celle de trancher des contestations¹¹⁹⁴. Il a été d'ailleurs refusé d'appliquer ce texte en l'absence de contestation¹¹⁹⁵. Cette dernière doit encore présenter certains caractères¹¹⁹⁶. Le juge règle le litige dont il a connaissance par une décision obligatoire¹¹⁹⁷, celle-ci devant être prise conformément au droit. D'après la Cour de Strasbourg, juger consiste à trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence¹¹⁹⁸. Le juge exerce dans la société une fonction nécessaire¹¹⁹⁹, un pouvoir neutre et régulateur. Ainsi la fonction juridictionnelle se résume-t-elle à trancher les litiges en disant le droit¹²⁰⁰. La *jurisdictio* signifie le pouvoir qui appartient au juge, saisi d'une contestation qui s'élève sur un cas concret, d'y mettre fin en constatant le droit applicable à la situation litigieuse et en ordonnant les

¹¹⁸⁹ V. J. JUGAULT, De la liaison du contentieux. Essai sur la genèse de l'acte juridictionnel, Thèse, Rennes, 1969, p. 10 ; G. CORNU, J. FOYER, *op. cit.*, p. 99 ; M. BANDRAC, De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas, in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges P. DRAI, Dalloz, 2000, p. 171 et s., spéc. n°1, p. 171 et n°5, p. 176.

¹¹⁹⁰ G. CORNU, J. FOYER, *op. et loc. cit.* ; V. aussi, C. BLANCHARD, *op. cit.*, n°449, p. 453 et 454.

¹¹⁹¹ CE, Ass., 12 déc. 1953, *De Bayo*, Rec., p. 544 ; A.J.D.A., 1954, p. 138, note J. DE SOTO ; R. CHAPUS, Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative, Mélanges C. EISENMANN, Cujas, 1975, p. 265 et s.

¹¹⁹² La fonction juridictionnelle s'exerce donc lorsque l'organisme statue sur un litige dans le cadre d'un contentieux qui peut être disciplinaire. V. O. GOHIN, *op. cit.*, p. 103 à 105, jugeant le critère matériel imprécis et lui préférant le critère formel.

¹¹⁹³ V. par ex., CE, 21 fév. 1968, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, D., 1968, jurispr., p. 222. Sur ce point, M. DEGOFFE, E. JEULAND, *op. cit.*, n°9, p. 148.

¹¹⁹⁴ Décider des « contestations » sur les droits et obligations de caractère civil ou du « bien fondé » de toute accusation en matière pénale.

¹¹⁹⁵ CEDH, 26 juin 1986, *Van Marle et autres / Pays-Bas*, n°8543/79, 8674/79, 8675/79 et 8685/79.

¹¹⁹⁶ Elle doit être « réelle et sérieuse ; elle peut concerner aussi bien l'existence même d'un droit que son étendue ou ses modalités d'exercice ; enfin, l'issue de la procédure doit être directement déterminante pour un tel droit » : V. parmi d'autres, CEDH, 25 nov. 1993, *Zander / Suède*, n°14282/88.

¹¹⁹⁷ R. KOVAR, La notion de juridiction en droit européen, in *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum J. WALINE*, Dalloz, 2002, p. 607 et s., spéc. n°45, p. 626, indiquant que la CJCE (CJUE) précise ceci dans ses arrêts, très proches de ceux rendus par la CEDH.

¹¹⁹⁸ V. entre autres, CEDH, 22 oct. 1984, *Sramek / Autriche*, n°8790/79.

¹¹⁹⁹ Et obligatoire au sens de l'article 4 du Code civil.

¹²⁰⁰ V. D. D'AMBRA, L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges, L.G.D.J., 1994, Bibl. dr. privé, t. 236, préf. G. WIEDERKEHR ; C. BLANCHARD, *op. cit.*, n°449, p. 454, notant que « c'est la combinaison de ces deux éléments – dire le droit et trancher les litiges –, qui fournit un critère complet identifiant l'acte juridictionnel, retrouvant la définition de l'article 12, alinéa premier, du Code de procédure civile ».

mesures propres à en assurer le respect¹²⁰¹. La fonction de juger exige aussi que le juge soit un tiers par rapport au litige¹²⁰², car l'acte juridictionnel tranche entre deux prétentions et met un terme au conflit en conférant à l'une d'elles force de vérité légale. Si l'objet propre d'une telle fonction réside dans celle de trancher les litiges¹²⁰³, le caractère juridictionnel d'un acte combine les critères matériels et formels¹²⁰⁴. Eu égard à la définition fournie, il s'avère possible d'identifier maintenant les actes juridictionnels en procédure pénale et rechercher lesquels constituent des actes coercitifs.

B – Les principales manifestations en procédure pénale

209. La complexité de la notion d'acte juridictionnel n'est plus à démontrer. Il ne faut d'ailleurs pas achopper sur la très grande variété de jugements en procédure pénale : ordonnances prises par des magistrats statuant seuls¹²⁰⁵, jugements avant-dire droit¹²⁰⁶, jugements définitifs ou sur le fond, jugements rendus en premier ou dernier ressort, jugements contradictoires ou réputés tels¹²⁰⁷, jugements et arrêts par défaut¹²⁰⁸, arrêts de cours d'appel et de la Cour de cassation... Bref, les décisions juridictionnelles demeurent multiples et variées en procédure pénale, si bien qu'il ne semble pas envisageable de les examiner toutes, ni d'opérer une classification au regard de l'article 507 du C.P.P. Plus modeste, la démarche consistera à repérer les principaux actes de juridiction et déterminer ceux qui possèdent une nature coercitive. Ces actes émanent des juridictions de jugement, dont ils sont en quelque sorte un attribut naturel (2°). Loin de les méconnaître, l'instruction préparatoire leur accorde également une place essentielle (1°). Ils ont enfin gagné l'exécution des peines et constituent une nouvelle institution au cours de la phase exécutoire du procès pénal¹²⁰⁹ (3°).

¹²⁰¹ J. MOURY, De quelques aspects de l'évolution de la *jurisdictio* (en droit judiciaire privé), in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges R. PERROT, Dalloz, 1996, p. 299 et s. ; G. WIEDERKEHR, Qu'est-ce qu'un juge ?, in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges R. PERROT, Dalloz, 1996, p. 575 et s., spéc. p. 581 et 582 ; Y. CAPDEPON, Le juge du siècle et l'évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ?, Dr. pénal, 2007, Etude n°15, spéc. n°14.

¹²⁰² En ce sens : S. RIALS, *op. cit.*, p. 8 et 9 ; G. WIEDERKEHR, *op. cit.*, p. 582 ; C. BLANCHARD, *op. cit.*, n°450, p. 455.

¹²⁰³ D. D'AMBRA, *op. cit.*, p. XXI et p. 257 et s., spéc. p. 293. *Contra*, L. CADIET, E. JEULAND, *op. cit.*, n°79 ; C. JARROSSON, *op. cit.*, n°138, p. 73.

¹²⁰⁴ Dans le même sens : S. RIALS, *op. cit.*, p. 8 ; H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit.*, n°481, p. 441 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *op. cit.*, n°179 ; L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, n°106, p. 420 et 421. Rapp., G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *op. cit.*, n°212, pour qui l'acte juridictionnel « consiste, de la part d'un juge agissant dans le respect des contraintes procédurales propres à garantir les exigences d'un procès équitable, à faire application d'une règle de droit en vue de trancher un conflit d'intérêts par l'accueil ou le rejet d'une prétention soumise à la justice ».

¹²⁰⁵ Juge d'instruction, juge des libertés et de la détention, juge des enfants, juge de l'application des peines.

¹²⁰⁶ Appelés « jugements distincts du jugement sur le fond » par les articles 507 et 570 du C.P.P. Ils recouvrent les jugements provisoires, les jugements d'instruction, les jugements préparatoires et les jugements interlocutoires. Parmi les jugements avant-dire droit, il est aujourd'hui distingué entre ceux qui sont provisoires et ceux qui ne le sont pas : V. E. BONIS-GARÇON, Les décisions provisoires (...), *op. cit.*, n°133 et s., p. 91 et s.

¹²⁰⁷ Appelés aussi jugements contradictoires à signifier par la loi du 9 mars 2004.

¹²⁰⁸ En cas d'absence de l'individu à l'audience. En matière criminelle, la procédure par défaut s'est substituée à la procédure de contumace, abrogée par la loi du 9 mars 2004. V. par ex., Cass. crim., 19 janv. 2011, Bull. crim., n°10.

¹²⁰⁹ V. M. HERZOG-EVANS, note sous Cass. crim., 15 mars 2006, A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 267, spéc. p. 268. D'autres auteurs estiment cependant que « la phase exécutoire » n'a plus rien d'une phase et semble bien être devenue le cadre d'un procès à part entière » : M. DANTI-JUAN, Réflexions sur la nature de la phase exécutoire du procès pénal, Mélanges B. BOULOC, Les droits et le Droit, Dalloz, 2007, p. 275 et s., spéc. p. 285 ; M. DANTI-JUAN, Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal : entre faux-semblants et vraies révolutions, R.P.D.P., 2006, p. 713 et s., spéc. p. 721 à 723.

1°- Une place essentielle au sein de l’instruction préparatoire

210. Le Code de procédure pénale confie la conduite de l’information de droit commun au juge d’instruction et à la chambre de l’instruction. Investis d’une fonction d’information pour découvrir la vérité, ces organes disposent en outre d’un véritable pouvoir de juridiction¹²¹⁰. Ils tranchent les litiges qui naissent lors de la mise en état des affaires pénales et apprécient si les charges recueillies à l’encontre du mis en examen justifient son renvoi devant une juridiction de jugement. L’acte juridictionnel apparaît autant au premier degré (a) qu’au second degré (b) de l’instruction préparatoire.

a) Au premier degré

211. Depuis la loi du 17 juillet 1856, le juge d’instruction détient les pouvoirs de juridiction. Héritier légitime de la chambre du conseil du tribunal correctionnel¹²¹¹, formation à laquelle il participe déjà en qualité de rapporteur pour les affaires qu’il a instruites avec deux autres magistrats, sa prépondérance témoigne de l’inutilité de la collégialité. Le législateur préfère alors octroyer la fonction juridictionnelle à ce juge unique. Puis, la loi du 8 décembre 1897, complétée par celle du 22 mars 1921 pour la partie civile, exige la communication immédiate de ses ordonnances au conseil de l’inculpé. La Cour de cassation a toujours considéré que les prescriptions de l’article 10 §2 de la loi de 1897 visent uniquement les décisions constituant des actes de juridiction¹²¹². Cette jurisprudence a été reprise par le Code de procédure pénale à l’article 183, alinéa 1, du C.P.P.¹²¹³. Sont énumérées les ordonnances devant être portées à la connaissance des parties privées et de leurs avocats¹²¹⁴. De façon schématique, il s’agit des ordonnances de règlement et de celles susceptibles d’un recours. Les articles 186 et 186-1 du C.P.P. restreignent le droit de relever appel à certaines décisions juridictionnelles pour la personne poursuivie et la partie civile¹²¹⁵. Mais le caractère juridictionnel d’un acte subsiste malgré l’impossibilité opposée à l’une des parties d’exercer un appel¹²¹⁶. Quelles sont dès lors les ordonnances du juge d’instruction et du juge des libertés et de la détention « par lesquelles le magistrat décide sur un point et donne une solution, à l’exclusion des mesures qui sont des formalités de procédure ou des

¹²¹⁰ De même que le juge des libertés et de la détention, compétent en matière de détention provisoire depuis la loi du 15 juin 2000.

¹²¹¹ W. JEANDIDIER, La juridiction collégiale d’instruction du premier degré, Mélanges A. VITU, Cujas, 1989, p. 263 et s., spéc. n°9, p. 266 et s.

¹²¹² V. not., Cass. crim., 8 déc. 1899, D., 1903, I, p. 457, préc. ; Cass. crim., 29 nov. 1907, D., 1910, I, p. 437, préc. ; Cass. crim., 31 janv. 1952, Bull. crim., n°35, préc. *Adde*, J.-A. ROUX, Cours de droit criminel français, t. II, Procédure pénale, Sirey, 2^{ème} éd., 1927, p. 321, note n°11.

¹²¹³ Ainsi « les conseils de l’inculpé et de la partie civile sont avisés (...) de toute ordonnance juridictionnelle ». Cette dernière expression a été supprimée du texte par la loi du 30 décembre 1985.

¹²¹⁴ V. J. PRADEL, L’instruction préparatoire, *op. cit.*, n°193, p. 209 ; C. GUERY, P. CHAMBON, *op. cit.*, n°222.11 et s.

¹²¹⁵ En revanche, le parquet, qui reçoit seulement avis des ordonnances non conformes à ses réquisitions (art. 183, al. 5 du C.P.P.), peut interjeter appel de toute ordonnance du juge d’instruction (ou du juge des libertés et de la détention) selon l’article 185 du C.P.P. : V. par ex., Cass. crim., 19 sept. 1990, D., 1990, I.R., p. 235.

¹²¹⁶ En ce sens, R. MERLE, A. VITU, Traité de droit criminel, t. II, *op. cit.*, n°437.

actes d’instruction »¹²¹⁷ ? Graves pour les parties, de tels actes peuvent intervenir au début de l’information (α), pendant son déroulement (β) et lors de son règlement (γ). Si elle présente l’avantage de la clarté, la classification chronologique de ces décisions apparaît relative, car non étanche.

α) Lors de l’ouverture de l’information

212. Dès le début de l’information, le juge d’instruction examine d’office ou sur déclinatoire sa compétence selon les règles énoncées à l’article 52 du C.P.P.¹²¹⁸. S’il ne s’estime pas compétent, il doit rendre une ordonnance d’incompétence selon la lettre de l’article 90 de ce code. Sa décision constitue un acte de juridiction¹²¹⁹, susceptible d’appel de la part de toutes les parties¹²²⁰. Ce principe classique est souvent rappelé¹²²¹. Il apparaît encore acquis que l’ordonnance de l’article 657 du C.P.P., par laquelle le magistrat instructeur se dessaisit au profit de l’un de ses collègues, reste assimilée aux ordonnances statuant sur la compétence. Elle possède *de facto* la même nature. N’étant pas attentatoire aux libertés individuelles, aucune de ces ordonnances ne constitue un acte coercitif.

213. Saisi de façon régulière par le réquisitoire introductif du ministère public ou la plainte avec constitution de partie civile, le juge d’instruction a le devoir d’informer¹²²². Cette obligation se matérialise au moyen d’une ordonnance décidant d’instruire sur l’affaire, qui permet l’ouverture de l’information. Une telle ordonnance revêt un caractère juridictionnel, mais n’a rien de coercitif. Le juge suit pourtant parfois les réquisitions de non informer du parquet et refuse d’ouvrir une instruction à la suite d’une plainte avec constitution de partie civile¹²²³. Aux termes de l’article 86, alinéa 4, du C.P.P., il prend une ordonnance de refus d’informer si l’action publique est affectée d’une des causes suivantes : la prescription, le décès du délinquant, l’amnistie, la chose jugée, l’abrogation de la loi pénale, mais également lorsque les faits ne peuvent admettre aucune qualification pénale¹²²⁴. Jamais lié par les réquisitions du procureur, le magistrat instructeur peut passer outre celles de non informer. Il statue alors par une ordonnance motivée selon les termes de l’article 86, alinéa 4, *in fine* du C.P.P. Cet

¹²¹⁷ CA Rouen, 12 juill. 1922, D.P., 1922, II, p. 109, donnant cette définition des ordonnances juridictionnelles.

¹²¹⁸ V. sur ce point, J. LARGUIER, Remarques sur l’évolution (...), *op. cit.*, p. 298.

¹²¹⁹ Cass. crim., 5 janv. 1950, Bull. crim., n°4.

¹²²⁰ V. art. 185 et 186, al. 3 du C.P.P. ; V. déjà, sous l’empire du C.I.C., M. GABOLDE, L’appel des ordonnances de compétence, *Rev. sc. crim.*, 1938, p. 1 et s.

¹²²¹ De façon directe ou plus fréquemment de façon indirecte : V. Cass. crim., 24 mars 1926, D., 1927, I, p. 165 ; Cass. crim., 30 janv. 1979, Bull. crim., n°43 ; Cass. crim., 9 mai 1990, Bull. crim., n°176 ; D., 1990, I.R., p. 155 ; Cass. crim., 21 fév. 2006, Bull. crim., n°48.

¹²²² Cass. crim., 8 déc. 1906, *Placet*, D.P., 1907, I, p. 207, rapp. LAURENT-ATTHALIN ; V. J. BROUCHOT, L’arrêt Laurent-Atthalin, sa genèse et ses conséquences, *Recueil d’études à la mémoire de M. PATIN*, Cujas, 1965, p. 411 et s. Ce devoir d’informer lui interdit en principe de s’en tenir à un examen « abstrait » des faits qui lui sont soumis : V. Cass. crim., 28 mai 1968, Bull. crim., n°144 ; Cass. crim., 18 mai 1971, Bull. crim., n°160. Pour un rappel récent de l’obligation d’instruire en l’absence de cause affectant l’action publique elle-même et lorsque les faits peuvent admettre une qualification pénale : Cass. crim., 10 mai 2012, Bull. crim., n°115.

¹²²³ V. Cass. crim., 31 mars 1987, Bull. crim., n°149. Il ressort de l’arrêt qu’une ordonnance de refus d’informer ne peut intervenir qu’à la suite d’une plainte avec constitution de partie civile et non d’un réquisitoire, comme en l’espèce.

¹²²⁴ V. R. GENIN-MERIC, Etre jugé dans un délai raisonnable : réflexions sur le contrôle de la recevabilité de l’action publique, *Rev. sc. crim.*, 1980, p. 77 et s., spéc. n°23, p. 83 et n°29, p. 84.

acte juridictionnel demeure susceptible d'appel de la part du parquet. L'ordonnance de refus d'informer constitue aussi une décision juridictionnelle¹²²⁵, qui ouvre les voies de recours à la partie civile¹²²⁶. Ces deux actes ne sauraient cependant être qualifiés de coercitifs.

214. Constitutive d'une sanction procédurale et aboutissant aux mêmes conséquences qu'une ordonnance de non-lieu, l'ordonnance de refus d'informer doit demeurer exceptionnelle. La loi n°2007-291 du 5 mars 2007 a du reste augmenté les pouvoirs du procureur de la République en lui permettant de prendre des réquisitions de non-lieu « dans le cas où il est établi de façon manifeste, le cas échéant au vu des investigations qui ont pu être réalisées à la suite du dépôt de la plainte ou en application du troisième alinéa, que les faits dénoncés par la partie civile n'ont pas été commis »¹²²⁷. La chambre criminelle manifeste une certaine hostilité à l'égard de l'ordonnance de refus d'informer¹²²⁸. Elle exerce un contrôle étroit sur la motivation des juridictions d'instruction et l'admet uniquement lorsqu'elle s'avère réelle et justifiée¹²²⁹. Cette méfiance concerne encore l'auteur de la décision, car le juge d'instruction ayant opposé un refus d'informer injustifié aux parties civiles peut être dessaisi par la chambre de l'instruction¹²³⁰.

215. Par le passé, l'ordonnance d'irrecevabilité de l'action de la partie civile n'a pas été clairement dissociée de l'ordonnance de refus d'informer¹²³¹. Doctrine et jurisprudence font désormais le départ entre ces deux sortes de décisions¹²³². Les articles 85 et 87 du C.P.P. prévoient la constitution de partie

¹²²⁵ Cass. crim., 25 nov. 1954, J.C.P., 1955, II, 8497 ; J. GOULESQUE, Le refus d'informer, Rev. sc. crim., 1970, chron., p. 940 ; C. BOLZE, Le refus d'informer : une sanction exceptionnelle en procédure pénale, Rev. sc. crim., 1982, p. 311 et s., spéc. n°5, p. 313 et n°47, p. 329 ; R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, n°437 ; B. BOULOC, *op. cit.*, n°181, p. 123.

¹²²⁶ V. art. 186, al. 2 et 575, al. 2, 1° du C.P.P. Cette solution apparaît logique, car le refus d'informer traduit dans certains cas un véritable déni de justice : V. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, t. II, Plon, 5^{ème} éd. par A. DESJARDINS, 1886, n°2191, p. 498 ; C. BOLZE, *op. cit.*, n°7, p. 313 ; R. GENIN-MERIC, *op. cit.*, n°44, p. 88.

¹²²⁷ Art. 86, al. 4 du C.P.P. Ces réquisitions de non-lieu permettent de contourner la jurisprudence *Laurent Athalin* qui oblige à informer, en donnant au parquet « un moyen dont le juge d'instruction ne dispose pas de traitement rapide du dossier. A peine ouverte, l'information sera refermée par le procureur de la République » (M. GIACOPELLI, R.P.D.P., 2007, chron. préc., p. 754). La juridiction d'instruction peut dire n'y avoir lieu à informer : Cass. crim., 3 mars 2009, Bull. crim., n°49.

¹²²⁸ Tous les auteurs le soulignent (V. par ex., C. MARSAT, *Dr. pénal*, 2000, chron. n°14 ; *Dr. pénal*, 2002, chron. n°4). Les arrêts de cassation sont donc nombreux : V. Cass. crim., 21 fév. 1968, D., 1968, jurisp., p. 691, note J. PRADEL ; Cass. crim., 15 janv. 1969, J.C.P., 1969, II, 15934, note P. CHAMBON ; Cass. crim., 5 mars 1990, D., 1990, I.R., p. 114 ; Cass. crim., 21 sept. 1999, D., 1999, I.R., p. 280 ; Cass. crim., 5 oct. 1999, D., 1999, I.R., p. 272 ; Cass. crim., 30 janv. 2001, D., 2001, I.R., p. 1437 ; Cass. crim., 4 janv. 2005, Bull. crim., n°1 ; Cass. crim., 6 oct. 2009, Bull. crim., n°164 ; Cass. crim., 27 juin 2012, Bull. crim., n°160 ; Cass. crim., 19 déc. 2012, Bull. crim., n°285 ; D., 2013, p. 551, note O. DECIMA et S. DETRAZ ; Cass. crim., 19 mars 2013, Bull. crim., n°65.

¹²²⁹ V. R. GENIN-MERIC, *op. cit.*, n°48 à 55, p. 89 et 90. Pour des exemples d'admission de refus d'informer, V. Cass. crim., 12 juin 1979, Bull. crim., n°205 ; Cass. crim., 3 fév. 1998, D., 1998, I.R., p. 102 ; Cass. crim., 18 sept. 2001, *Dr. pénal*, 2002, chron. n°4 par C. MARSAT ; Cass. crim., 17 juin 2003, D., 2004, jurisp., p. 92, note J. DANIEL.

¹²³⁰ Le juge a compromis son impartialité au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme : V. Cass. crim., 4 mars 1998, D., 1998, I.R., p. 125 ; Cass. crim., 5 janv. 2005, *A.J. pénal*, 2005, jurisp., p. 162, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; C. GUERY, Le juge d'instruction et le voleur de pommes : pour une réforme de la constitution de partie civile, D., 2003, chron., p. 1575 et s., spéc. n°26, p. 1579.

¹²³¹ V. Cass. crim., 8 juin 1923, D.P., 1923, I, p. 201, note G. LELOIR ; Cass. crim., 21 fév. 1968, D., 1968, jurisp., p. 691 ; Cass. crim., 13 juin 1974, Bull. crim., n°219 ; R. GENIN-MERIC, *op. cit.*, n°21 et s., p. 83 et s. ; B. BOULOC, *op. cit.*, n°188, p. 128.

¹²³² V. J. PRADEL, note sous Cass. crim., 21 fév. 1968, D., 1968, jurisp., p. 691, not. p. 694 ; J. GOULESQUE, *op. cit.*, p. 943 ; C. BOLZE, *op. cit.*, n°38 et 39, p. 326 ; J. BROUCHOT, L'arrêt (...), *op. cit.*, p. 421 et 423 ; P. CONTE, P. MAISTRE

civile, qui s'opère par voie d'action ou d'intervention. Il arrive au juge d'instruction de déclarer cette constitution irrecevable, d'office ou à la suite d'une contestation¹²³³. Afin d'éviter les plaintes purement dilatoires, la loi du 5 mars 2007 a institué un filtre : la personne ne peut déposer plainte qu'à certaines conditions mentionnées à l'article 85, alinéa 2, du C.P.P.¹²³⁴. La partie civile doit de plus présenter la capacité, l'intérêt, mais surtout la qualité à agir¹²³⁵. Le juge va examiner la régularité de la demande en justice. L'exercice de l'action civile devant les juridictions répressives nécessite un dommage personnel, prenant directement sa source dans l'infraction¹²³⁶. Le préjudice subi demeure donc la condition essentielle de la recevabilité du droit de mettre en mouvement l'action publique¹²³⁷. D'un côté, la constitution de partie civile du plaignant reste recevable sans qu'il soit tenu de rapporter la preuve de ses allégations au stade de l'information, la simple possibilité d'un préjudice étant suffisante¹²³⁸. D'un autre côté, les juridictions d'instruction la jugent irrecevable en l'absence de dommage actuel, personnel et direct¹²³⁹. Contrôlant la motivation de ces juridictions, la Cour de cassation vérifie si le préjudice est bien direct et personnel au sens de l'article 2 du C.P.P.¹²⁴⁰, même si ses solutions apparaissent parfois surprenantes¹²⁴¹.

DU CHAMBON, *op. cit.*, n°471 et 472 ; M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, P.U.F., Droit fondamental, 2001, n°415 ; C. GUERY, *op. cit.*, n°19 et s., p. 1578 et not. n°23.

¹²³³ C'est le cas pour une contravention (Cass. crim., 28 oct. 1974, Bull. crim., n°304 ; Art. 79 et 85 du C.P.P.), un délit commis à l'étranger contre un particulier (Cass. crim., 13 juin 1974, préc.), l'association de malfaiteurs (Cass. crim., 8 fév. 1979, Bull. crim., n°58) et d'autres infractions du livre IV du Code pénal. V. aussi, Cass. crim., 16 avril 2013, Bull. crim., n°87. Il faut encore songer à la théorie des infractions d'intérêt général, même si elle affiche un net déclin. La constitution de partie civile contre un mineur est, en revanche, recevable : V. C. MARSAT, *Dr. pénal*, 2000, chron. n°15.

¹²³⁴ La plainte avec constitution de partie civile n'est recevable qu'après information de la personne d'un classement sans suite de la plainte déposée devant le procureur de la République, ou bien après l'écoulement d'un délai de trois mois après dépôt de plainte devant ce magistrat selon les différentes modalités légales énoncées au texte. Cette condition n'est pas toujours requise, notamment s'il s'agit d'un crime.

¹²³⁵ Les motifs de droit qui peuvent rendre irrecevable une constitution de partie civile correspondent à ce que l'article 31 du C.P.C. nomme, de façon plus ramassée, « le défaut de qualité pour agir ». Sur la distinction entre intérêt et qualité pour agir : J.-P. DELMAS-SAINTE-HILAIRE, *La mise en mouvement de l'action publique par la victime de l'infraction*, Mélanges J. BRETHER DE LA GRESSAYE, éd. Bière, Bordeaux, 1967, p. 159 et s., spéc. p. 167.

¹²³⁶ Art. 2 du C.P.P. ; V. Cass. crim., 9 fév. 1961, Bull. crim., n°83. La partie lésée par l'infraction est recevable. Ce n'est pas forcément la « victime » directe (« de chair et de sang ») de cette infraction. D'ailleurs, la jurisprudence dissocie entre la qualité de partie civile et de victime : V. Cass. crim., 30 oct. 1985, J.C.P., 1987, II, 20727, note P. CONTE ; V. en outre, Cass. crim., 30 oct. 2012, Bull. crim., n°226.

¹²³⁷ J. DE POULPIQUET, *Le droit de mettre en mouvement l'action publique : conséquence de l'action civile ou droit autonome ?*, *Rev. sc. crim.*, 1975, p. 37 et s., spéc. p. 47 ; V. Cass. crim., 28 oct. 1997, D., 1998, jurispr., p. 268, note D. MAYER et J.-F. CHASSAING (Absence de dommage réparable ici). Il a été rappelé qu'« aucune fin de non-recevoir ne peut être opposée à la mise en mouvement de l'action publique par la partie lésée, autre que celles prévues par les articles 85 et suivants du Code de procédure pénale (...) » : Cass. crim., 10 mai 2012, Bull. crim., n°115, préc.

¹²³⁸ La jurisprudence constante affirme : « Pour que la constitution de partie civile soit recevable devant la juridiction d'instruction, il suffit que les circonstances sur lesquelles elle s'appuie permettent au juge d'admettre comme possible l'existence du préjudice allégué et la relation directe de celui-ci avec une infraction à la loi pénale ». V. Cass. crim., 6 oct. 1964, Bull. crim., n°256 ; Cass. crim., 17 oct. 1972, Bull. crim., n°289 ; Cass. crim., 7 mars 1996, Bull. crim., n°107 ; Cass. crim., 27 mai 2009, Bull. crim., n°107 ; Cass. crim., 4 avril 2012, Bull. crim., n°86. Sur ce point, F. BOULAN, *Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive*, J.C.P., 1973, I, 2563, n°16 et s.

¹²³⁹ V. J. LARGUIER, *L'action publique et l'action civile dans le Code de procédure pénale*, J.C.P., 1959, I, 1495, n°16 et n°22.

¹²⁴⁰ V. par ex., Cass. crim., 2 oct. 1985, Bull. crim., n°291 ; Cass. crim., 11 mai 1999, D., 1999, I.R., p. 161 ; Cass. crim., 16 fév. 1999, *Dr. pénal*, 1999, comm. n°63, note A. MARON ; Cass. crim., 13 déc. 2000 (2 arrêts), *Dr. pénal*, 2001, comm. n°47, note J.-H. ROBERT ; Cass. crim., 25 oct. 2005, Bull. crim., n°262 ; Cass. crim., 29 sept. 2009, Bull. crim., n°160 ; Cass. crim., 11 avril 2012, Bull. crim., n°87 ; Cass. crim., 22 mai 2012, Bull. crim., n°128.

¹²⁴¹ Il a été indiqué que « la politique de refoulement ou d'aspiration de l'action civile dépend principalement de la discrétion de la Cour de cassation » : J.-H. ROBERT, note sous Cass. crim., 6 sept. 2000, *Dr. pénal*, 2001, comm. n°19.

216. Quoiqu'il en soit, la décision statuant sur la recevabilité de la constitution de partie civile demeure juridictionnelle. L'article 87, alinéa 3, du C.P.P. prend soin de préciser que son ordonnance d'irrecevabilité doit être motivée et rendue après communication du dossier au parquet¹²⁴². Faisant nécessairement grief aux intérêts civils¹²⁴³, cet acte peut être frappé d'appel par la partie civile¹²⁴⁴ et un pourvoi en cassation peut être formé contre l'arrêt de la chambre de l'instruction¹²⁴⁵. A l'instar du parquet, le mis en examen jouit du droit d'appel contre l'ordonnance de recevabilité de la constitution de partie civile¹²⁴⁶. Cependant, si la décision de recevabilité ou d'irrecevabilité prend la forme d'un acte juridictionnel, elle n'a de nouveau aucun caractère coercitif.

217. Pour que la constitution de partie civile soit recevable, le plaignant doit consigner. Le magistrat instructeur prend une ordonnance fixant le montant de la consignation, destinée à garantir le paiement de l'amende civile encourue en cas de procédure abusive ou dilatoire¹²⁴⁷. Sa décision possède la nature juridictionnelle¹²⁴⁸. Elle mérite d'être notifiée et ouvre la voie de l'appel à l'intéressé¹²⁴⁹. Le versement de cette somme, dans le délai établi¹²⁵⁰, détermine la mise en mouvement de l'action publique¹²⁵¹. Il est une condition nécessaire à la recevabilité de la constitution de partie civile¹²⁵². A défaut, le juge prononce la non-recevabilité de la plainte d'après l'article 88 du C.P.P., sauf s'il en a dispensé le plaignant ou si celui-ci a obtenu l'aide juridictionnelle. Mais il ne peut juger la plainte irrecevable, à partir du moment où son auteur a interjeté appel de l'ordonnance fixant le montant de la consignation¹²⁵³. En définitive, ces différentes décisions juridictionnelles ont pour dénominateur commun de causer un grief à la partie civile. Si celle-ci peut en interjeter appel, comme de toute ordonnance « faisant grief à ses intérêts civils » selon l'expression consacrée par l'article 186, alinéa 2, du C.P.P.¹²⁵⁴, tous ces actes n'attendent pas à la liberté. Ils ne s'analysent pas comme des

¹²⁴² La Cour de cassation a décidé de ne pas renvoyer au juge constitutionnel des questions prioritaires de constitutionnalité fondées sur l'article 87 du C.P.P. : Cass. crim., 3 juin 2014, n°14-90014, E.C.P.B.

¹²⁴³ Cass. crim., 6 avril 1993, Bull. crim., n°147.

¹²⁴⁴ Art. 87, al. 3 *in fine* du C.P.P. ; Cass. crim., 6 avril 1993, préc.

¹²⁴⁵ Cass. crim., 28 mai 1968, Bull. crim., n°176.

¹²⁴⁶ L'article 186 du C.P.P. ouvre ce droit contre les décisions prévues par l'article 87 du C.P.P.

¹²⁴⁷ V. par ex., Cass. crim., 1^{er} mars 2011, Bull. crim., n°41 ; Cass. crim., 2 mai 2012, Bull. crim., n°103.

¹²⁴⁸ En ce sens aussi, B. BOULOC, L'acte d'instruction, *op. cit.*, n°183 et 184, p. 125.

¹²⁴⁹ Cette ordonnance fait incontestablement grief aux intérêts civils de la partie civile au sens de l'article 186, alinéa 2. Le mis en examen (l'inculpé à l'époque) n'est, en revanche, pas admis à relever appel de l'ordonnance relative à la consignation de la partie civile : Cass. crim., 3 avril 1990, D., 1990, somm. comm., p. 379.

¹²⁵⁰ V. Cass. crim., 16 avril 2013, Bull. crim., n°87, préc., décidant que « lorsqu'elle est effectuée sous la forme, non d'un dépôt au greffe, mais d'un virement, la consignation est réputée faite à la date à laquelle le compte du régisseur d'avances et de recettes est effectivement crédité de la somme fixée par le juge d'instruction, peu important que le compte du débiteur de la consignation et celui du régisseur soient ouverts dans le même établissement » ; Cass. crim., 17 juin 2014, n°13-82326, E.C.P.B. ; J.C.P., 2014, 786 (chèque, le délai étant respecté en l'espèce).

¹²⁵¹ Cass. crim., 11 janv. 2000, Dr. pénal, 2000, chron. n°29 par C. MARSAT ; Cass. crim., 8 déc. 1992, D., 1993, I.R., p. 45.

¹²⁵² V. Cass. crim., 19 sept. 1994, Bull. crim., n°296 ; Cass. crim., 29 sept. 1998, D., 1998, I.R., p. 262 ; Cass. crim., 21 fév. 2001, Inédit, n°00-84939.

¹²⁵³ V. Cass. crim., 20 fév. 2001, Dr. pénal, 2001, chron. n°33 par C. MARSAT.

¹²⁵⁴ Sont également des ordonnances faisant grief aux intérêts civils, celle qui admet l'intervention d'une autre partie civile (Cass. crim., 4 mars 1932, D.P., 1933, I, p. 127), celle déclarant amnistiés les faits poursuivis (Cass. crim., 4 oct. 1956, Bull. crim., n°610), celle de non-lieu partiel (Cass. crim., 24 mars 1960, Bull. crim., n°170), ou celle de renvoi du mis en examen devant le tribunal correctionnel ayant omis de statuer sur certains chefs de poursuite visés dans la plainte (Cass. crim., 23 déc.

actes coercitifs. Il convient dès lors de se concentrer sur les actes juridictionnels adoptés au cours de l'instruction.

β) Au cours de l'information

218. Fréquemment, d'autres litiges émergent pendant l'instruction préparatoire et le juge qui en assure la direction doit trancher ces conflits. Jusqu'à l'adoption des lois du 4 janvier et du 24 août 1993, complétées par celle du 15 juin 2000, l'instruction se caractérise par son absence de contradiction¹²⁵⁵. Le magistrat instructeur jouit d'une liberté presque absolue pour diligenter les actes d'information utiles à la manifestation de la vérité¹²⁵⁶. Certes, le parquet peut requérir du juge l'accomplissement de n'importe quel acte et toutes mesures de sûreté nécessaires¹²⁵⁷, à charge pour celui-ci de rendre une ordonnance motivée en cas de refus. Les parties privées peuvent aussi solliciter les investigations qu'elles estiment indispensables. Mais le juge d'instruction n'est pas tenu de leur répondre¹²⁵⁸, excepté pour l'expertise, en partie juridictionnalisée par le Code de procédure pénale et pour laquelle certains refus ouvrent droit à contestation¹²⁵⁹. Depuis les réformes de 1993, le juge a l'obligation de leur répondre par une ordonnance motivée au plus tard dans le délai d'un mois à compter de la réception de la demande¹²⁶⁰. « La reconnaissance d'un droit des parties aux mesures d'investigation » se trouve acquise¹²⁶¹. Celles-ci peuvent demander un examen médical, un examen psychologique ou toutes autres mesures utiles¹²⁶². Il leur est également permis de saisir le magistrat instructeur afin de lui demander de procéder à leur audition ou à leur interrogatoire, à l'audition d'un témoin, à une confrontation ou à un transport sur les lieux, à ce qu'il soit ordonné la production par l'une d'entre elles d'une pièce utile à l'information, ou à ce qu'il soit procédé à tous autres actes qui

1969, Bull. crim., n°362 ; Cass. crim., 17 nov. 1999, Bull. crim., n°264 ; Cass. crim., 6 déc. 2005, Bull. crim., n°316) ou sur les chefs de réquisitions du parquet (Cass. crim., 23 nov. 1993, Bull. crim., n°349). Les juridictions d'instruction apprécient l'existence ou non de l'intérêt invoqué par la partie civile. La chambre criminelle exerce un contrôle sur leur appréciation : une ordonnance fait grief aux intérêts civils uniquement si le préjudice est direct : Cass. crim., 15 fév. 1983, Bull. crim., n°54.

¹²⁵⁵ En ce sens, M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n°377.

¹²⁵⁶ Art. 81, al. 1 du C.P.P. ; V. J. PRADEL, La montée des droits du délinquant au cours de son procès. Essai d'un bilan, Mélanges J. LARGUIER, Presses universitaires de Grenoble, 1993, p. 223 et s., spéc. p. 230 et 231.

¹²⁵⁷ Art. 82, al. 1 du C.P.P.

¹²⁵⁸ Cet état du droit résulte d'une vieille jurisprudence : V. Cass. crim., 27 sept. 1900, Bull. crim., n°301 : « L'utilité et l'opportunité des mesures d'instruction sont laissées par la loi à l'appréciation du magistrat instructeur ; (...) le demandeur ne saurait être fondé à se plaindre du défaut d'une confrontation et d'un examen médico-légal qu'il n'a pas réclamés » ; Cass. crim., 19 mars 1910, Bull. crim., n°150 ; Cass. crim., 14 déc. 1950, Bull. crim., n°288. Il apparaît insuffisant au regard des exigences européennes, l'équilibre entre les parties étant rompu : V. F. BOULAN, La conformité de la procédure pénale française avec la Convention européenne des droits de l'homme, Mélanges J. LARGUIER, Presses universitaires de Grenoble, 1993, p. 21 et s., not. n°40, p. 39 et 40. V. le rapport DELMAS-MARTY sur la mise en état des affaires pénales (extraits), Arch. pol. crim., 1991, n°13, p. 75 et s., p. 83 et 84 et les propositions formulées.

¹²⁵⁹ B. BOULOC, L'instruction par le juge d'instruction (...), *op. cit.*, p. 96. V. aussi, Cass. crim., 13 mars 1968, Bull. crim., n°88 ; Cass. crim., 30 mars 1987, Inédit, n°87-80231.

¹²⁶⁰ Art. 82-1, al. 2 du C.P.P.

¹²⁶¹ P. MAISTRE DU CHAMBRON, Propos critiques et désabusés sur une réforme mort-née de la procédure pénale, Mélanges J. LARGUIER, Presses universitaires de Grenoble, 1993, p. 191 et s., spéc. p. 199.

¹²⁶² Art. 81, al. 9 du C.P.P.

leur paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité¹²⁶³. Accordant ou refusant l'acte sollicité par le ministère public ou les parties, la décision du juge d'instruction est un acte juridictionnel¹²⁶⁴, susceptible d'appel¹²⁶⁵. Mais non attentatoire aux libertés, son ordonnance ne présente pas d'aspect coercitif.

219. Le magistrat instructeur décide, en outre, de la restitution des objets saisis et placés sous main de justice au cours de l'information¹²⁶⁶, conformément à l'article 99 du C.P.P.¹²⁶⁷. Il peut prescrire d'office, avec l'accord du ministère public, la restitution d'objets dont la propriété n'est pas contestée à la victime de l'infraction¹²⁶⁸. Le juge statue sur les réquisitions du parquet ou sur les demandes qui lui sont adressées par le mis en examen, la partie civile, voire un tiers à la procédure revendiquant un droit sur l'objet¹²⁶⁹. Il rend alors une ordonnance motivée, par laquelle il apprécie s'il convient de faire droit à la requête en restitution. Disposant d'un pouvoir souverain d'appréciation¹²⁷⁰, le magistrat instructeur rejette la demande lorsque la restitution serait de nature à faire obstacle à la manifestation de la vérité ou à la sauvegarde des droits des parties, ou bien en cas de danger pour les personnes ou

¹²⁶³ Art. 82-1 du C.P.P. Toutefois, « la mise en examen n'est pas un acte utile à la manifestation de la vérité qui peut être demandé par la partie civile » : Cass. crim., 15 fév. 2011, Bull. crim., n°22 ; D., 2011, pan., p. 2235, obs. J. PRADEL ; Dr. pénal, 2011, comm. n°56, note A. MARON et M. HAAS. En dehors de ce cas, la demande peut encore porter sur une expertise (art. 156 du C.P.P., et l'alinéa 2 sur le rejet de la demande), une contre-expertise (art. 167 du C.P.P., et l'alinéa 4 sur le rejet de la requête) ou un complément d'expertise (art. 167 du C.P.P.), la désignation d'un interprète chargé d'assister la personne poursuivie bénéficiant de l'aide juridictionnelle, le prononcé de la fin d'information ou la constatation de la prescription de l'action publique en vertu de l'article 82-3 du C.P.P. A l'instar des hypothèses précédentes, lorsque le juge d'instruction conteste le bien-fondé de la requête fondée sur la prescription de l'action publique, il rend une ordonnance motivée dans le délai d'un mois. Il s'agit aussi d'une décision juridictionnelle, mais non coercitive.

¹²⁶⁴ V. Cass. crim., 25 mars 1954, J.C.P., 1954, II, 8133, note P. CHAMBON ; Cass. crim., 2 mai 1967, Bull. crim., n°143. La doctrine l'affirme : S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op. cit.*, n°2245 ; R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, n°437 ; M.-L. RASSAT, *Traité (...)*, *op. cit.*, n°414 ; P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n°371.

¹²⁶⁵ Pour le parquet : art. 82, al. 5 et 185 du C.P.P. ; Cass. crim., 2 sept. 2005, D., 2005, I.R., p. 2484 ; Dr. pénal, 2005, comm. n°165, note A. MARON. Pour les parties : art. 186-1 du C.P.P. A la différence du parquet, leur appel est soumis au filtre du président de la chambre de l'instruction, qui peut adopter les motifs de l'ordonnance du juge d'instruction s'il refuse de saisir la chambre de l'appel interjeté (Cass. crim., 4 janv. 2005, D., 2005, I.R., p. 670).

¹²⁶⁶ Sur la restitution sous l'empire du Code d'instruction criminelle : A. COSTE-FLORET, Des restitutions ordonnées par les juridictions répressives, *Rev. sc. crim.*, 1937, p. 195 et s. ; M. LE ROY, Un délicat problème d'instruction criminelle : la restitution des objets placés sous main de justice, *J.C.P.*, 1949, I, 808. Depuis le Code de procédure pénale, la restitution est entendue, dans une acception étroite, comme « la remise à leur détenteur légitime des objets qui ont été placés sous main de justice à l'occasion d'une infraction » : E. JOLY-SIBUET, *Restitution*, *Rép. pén. Dalloz*, n°4. V. E. JOLY-SIBUET, *La restitution en droit pénal : de la dimension nouvelle d'un concept classique*, Thèse, Lyon III, 1990.

¹²⁶⁷ V. aussi, art. 99-1 du C.P.P., pour les animaux vivants ; Art. 99-2 du C.P.P., pour la destruction des biens saisis ou leur remise, auparavant au service des domaines, aujourd'hui à l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC). Mais ce texte n'est applicable qu'aux biens placés sous main de justice, non à ceux saisis par l'administration des douanes : Cass. crim., 19 mars 2014, n°13-87157, E.C.P.B. ; D., 2014, p. 1425, obs. P. LABROUSSE (cassation, le statut du bien saisi – stupéfiants – déterminant la procédure applicable : art. 99-2 du C.P.P. ou 389 *bis* du C. douanes) ; Art. 706-30-1 du C.P.P., pour les stupéfiants. Les prélèvements effectués sur le corps humain d'une personne vivante ou d'un cadavre aux fins d'analyse (autopsie), dans le cadre d'une procédure judiciaire, ne sont pas des objets susceptibles de restitution au sens de l'article 99 du C.P.P. : Cass. crim., 3 avril 2002, Bull. crim., n°75 ; Cass. crim., 3 fév. 2010, Bull. crim., n°18 ; Cass. crim., 18 janv. 2011, R.P.D.P., 2011, p. 393, obs. C. RIBEYRE.

¹²⁶⁸ Art. 99, al. 3 du C.P.P. Au contraire, si une contestation sérieuse sur la propriété de l'objet subsiste, la restitution ne peut avoir lieu : Cass. crim., 16 juin 1992, Bull. crim., n°239 ; Cass. crim., 27 sept. 2005, Bull. crim., n°239.

¹²⁶⁹ Art. 99, al. 2 du C.P.P. Sur l'impossibilité de remettre un véhicule à l'AGRASC sans s'expliquer sur l'appartenance dudit véhicule à la personne poursuivie, Cass. crim., 22 janv. 2013, Bull. crim., n°22. V. aussi, Cass. crim., 3 déc. 2013, Bull. crim., n°245, rappelant que l'article 99-2 du C.P.P. exige, pour son application, que le bien meuble saisi appartienne à la personne poursuivie (trimaran ici). Pour une étude à ce sujet : C. DUCHAINE, *Vente avant jugement d'un meuble placé sous main de justice et poursuite du propriétaire du bien* (C.P.P., art. 99-2, al. 2), *Dr. pénal*, 2014, *Etude* n°11.

¹²⁷⁰ V. par ex., Cass. crim., 21 fév. 1989, Bull. crim., n°85 ; Cass. crim., 8 fév. 1996, Bull. crim., n°72 ; D., 1996, I.R., p. 127 ; Cass. crim., 30 avril 1996, Bull. crim., n°183.

les biens¹²⁷¹. Il peut encore refuser de restituer l'objet s'il est susceptible de confiscation par la juridiction de jugement¹²⁷². Son refus ne peut se fonder que sur l'un de ces motifs¹²⁷³. Peu importe le sens de sa décision, l'ordonnance du juge s'analyse en un acte juridictionnel. Celle-ci doit être notifiée aux parties et aux tiers intéressés d'après l'article 183, alinéa 2, du C.P.P. et être portée à la connaissance de leurs avocats. Elle autorise le recours spécifique prévu par l'article 99, alinéa 5, du C.P.P.¹²⁷⁴, qu'elle accueille la demande ou non¹²⁷⁵. Parce qu'elle poursuit l'effet d'une saisie, autrement dit d'un acte coercitif¹²⁷⁶, l'ordonnance de refus de restitution prolonge la privation d'une chose. Elle justifie l'utilité de maintenir la saisie¹²⁷⁷. Faisant perdurer l'atteinte au droit de propriété, il s'agit bien d'un acte coercitif¹²⁷⁸.

220. Le législateur a aussi conféré des pouvoirs de décision particuliers au juge d'instruction¹²⁷⁹. En matière de traite des êtres humains, de proxénétisme ou de recours à la prostitution de mineurs, l'article 706-36 du C.P.P. précise que le magistrat instructeur peut ordonner la fermeture provisoire,

¹²⁷¹ Il s'agit des critères énoncés à l'article 99, al. 4 du C.P.P. Vu la grande ambiguïté de ces dispositions, la jurisprudence a laissé une grande latitude au juge d'instruction en décidant que la décision relevait de son pouvoir souverain d'appréciation. Elle ne lui impose pas de refuser de restituer l'objet en présence d'un de ces cas, ce qui heurte l'interprétation stricte du texte.

¹²⁷² Art. 99, al. 4 *in fine* du C.P.P. ; V. Cass. crim., 8 fév. 1996, préc. ; Cass. crim., 5 janv. 2010, Bull. crim., n°2.

¹²⁷³ V. not., Cass. crim., 6 fév. 1997, Bull. crim., n°55 ; Gaz. pal., 1997, jurisp., p. 183, note A. DAMIEN ; Cass. crim., 30 juin 1999, D., 1999, jurisp., p. 458, note J. PRADEL. La Cour de cassation contrôle cette motivation. *Adde*, Cass. crim., 14 mars 2006, Inédit, n°05-83343.

¹²⁷⁴ V. Cass. crim., 16 déc. 1954, J.C.P., 1955, II, 8509, note P. CHAMBON, ouvrant le recours à toutes les parties ; J. GRANIER, Les restitutions dans le Code de procédure pénale, Rev. sc. crim., 1959, p. 611 et s., spéc. p. 622 et 629. Ce contentieux est spécifique, le législateur n'ayant pas qualifié le recours « d'appel » : V. E. JOLY-SIBUET, Restitution, *op. cit.*, n°37 à 41. Ses effets sont néanmoins identiques, de sorte que la jurisprudence a pu parfois le qualifier d'appel (V. Cass. crim., 13 janv. 1998, Bull. crim., n°15). Ce recours est le seul qui puisse être exercé contre l'ordonnance, la procédure en annulation d'actes ou de pièces de la procédure restant inapplicable : Cass. crim., 30 oct. 2001, Bull. crim., n°223.

¹²⁷⁵ V. Cass. crim., 18 juill. 1967, Bull. crim., n°220 (solution implicite). Conservant son droit d'appel général, le parquet peut aussi interjeter appel de l'ordonnance du juge d'instruction. V. déjà, Cass. crim., 15 nov. 1956, Bull. crim., n°753.

¹²⁷⁶ La saisie constitue une sorte d'expropriation plus ou moins temporaire, afin de privilégier la recherche de la vérité : V. J. GRANIER, *op. cit.*, p. 614.

¹²⁷⁷ En logique, la restitution semble s'imposer si la justification de la saisie disparaît, par exemple si l'objet n'a plus d'intérêt pour la recherche de la vérité. On émettra une réserve dans l'hypothèse où l'objet peut être confisqué lors de la décision définitive. La procédure en restitution prévue par l'article 41-4 du C.P.P. est bien sûr inapplicable aux biens dont la confiscation a été ordonnée : Cass. crim., 8 janv. 2014, Bull. crim., n°4 ; D., 2014, pan., p. 1741, obs. J. PRADEL (solde d'un compte assurance-vie). Les objets non restitués deviennent propriété de l'Etat passé un délai de six mois si la restitution n'a pas été demandée ou décidée (art. 41-4 du C.P.P. ; V. Cass. crim., 19 fév. 2014, Bull. crim., n°46 ; J.C.P., 2014, 265, obs. E. CAMOUS, pour une requête présentée plus de six mois à compter de la décision par laquelle la dernière juridiction saisie a épuisé sa compétence. Comme l'explique le commentateur de cet arrêt, « la loi a instauré un délai préfix qui renvoie à la prescription de l'action du justiciable qui n'exerce pas son droit à restitution dans le temps imparti ». Si la chambre criminelle a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité relatives à ces dispositions, celles-ci étant justifiées « par l'objectif à valeur constitutionnelle d'une bonne administration de la justice » (Cass. crim., 15 fév. 2011, Bull. crim., n°25), elle a finalement décidé d'opérer un tel renvoi (Cass. crim., 6 mai 2014, Inédit, n°13-86775). Sous une réserve d'interprétation, le Conseil constitutionnel a déclaré la première phrase du troisième alinéa de l'article 41-4 du C.P.P. conforme à la Constitution : C.C., Q.P.C., 9 juill. 2014, n°2014-406, *M. Franck I.*, J.O. du 11 juill. 2014, p. 11613 ; D., 2014, p. 1498 ; J.C.P., 2014, chron., 880, spéc. n°22, obs. B. MATHIEU.

¹²⁷⁸ Et non pas d'une peine, comme l'a jugée, avec justesse, la Cour de cassation : Cass. crim., 16 juill. 2010, Inédit, n°10-90083.

¹²⁷⁹ Art. L. 121-3 et L. 223-2 du C. consom., évoquant les décisions statuant sur les demandes de mainlevée en matière de publicité de nature à induire en erreur, de cessation de cette publicité et de la suspension provisoire de la vente d'un produit ou de la prestation d'un service présentant un danger pour le consommateur ; Art. 480-2 du C. urb.

totale ou partielle, de l'établissement lorsque le détenteur, le gérant ou préposé est poursuivi¹²⁸⁰. Ce juge bénéficie de pouvoirs analogues aux termes de l'article 706-33 du C.P.P., en ce qui concerne le trafic de stupéfiants¹²⁸¹. Il rend des ordonnances qui doivent être regardées comme des actes de juridiction. Ses décisions revêtent la même nature lorsqu'il statue sur une demande de mainlevée de ces mesures : il y a un litige à trancher et il faut dire le droit. Les différentes ordonnances rendues peuvent être contestées par un recours porté devant la chambre de l'instruction¹²⁸², même si l'article 186 du C.P.P. reste muet à leur sujet. Parfois qualifiées de « mesures de sûreté »¹²⁸³, ces mesures peuvent avoir un domaine d'application plus vaste que la décision définitive¹²⁸⁴. De plus, leur durée ne s'impute pas sur les mesures prononcées par la juridiction de jugement. Cela tiendrait à leur différence de nature¹²⁸⁵, ensuite à « la distance qui sépare encore les deux phases de la procédure »¹²⁸⁶. Certaines mesures provisoires possèdent sans doute une nature très proche des décisions rendues sur le fond et constituent de véritables peines par anticipation¹²⁸⁷. Mais les fermetures d'établissement s'apparentent à des actes coercitifs, non à des peines : la culpabilité des personnes poursuivies n'est pas établie à ce stade de la procédure.

221. Le juge d'instruction tient encore de la loi le pouvoir de délivrer des mandats. Selon une définition ancienne, le mandat a été défini comme un acte judiciaire par lequel le magistrat compétent ordonne soit la comparution, soit l'arrestation d'un individu soupçonné d'avoir commis un crime ou un délit¹²⁸⁸. Le mandat est exécutoire sur tout le territoire national¹²⁸⁹. Il doit être daté, signé, revêtu du

¹²⁸⁰ Il peut s'agir d'une maison de prostitution, d'un hôtel, d'une pension, d'un restaurant, d'un débit de boissons, d'un club, d'un cercle, d'un dancing, etc. tolérant habituellement la présence de personnes se livrant à la prostitution et y recherchant des clients selon cette disposition.

¹²⁸¹ Dans le cas des articles 706-33 et 706-36 du C.P.P., la fermeture d'établissement peut aussi être décidée en cas de poursuite pour participation à une association de malfaiteurs (art. 450-1 du C.P.).

¹²⁸² Art. 706-33, al. 3 et 706-36, al. 3 du C.P.P. ; C. GUERY, P. CHAMBON, *op. cit.*, n°41.15 ; B. BOULOC, Procédure pénale, *op. cit.*, n°812. *Adde*, Cass. crim., 5 nov. 1985, Bull. crim., n°344.

¹²⁸³ V. CA Paris, 13 avril 1972, J.C.P., 1973, II, 17477, obs. P. M. B. ; J. LARGUIER, La non-imputation, sur les peines prononcées, des mesures prises pendant l'instruction, *Rev. sc. crim.*, 1974, chron., p. 350 et s. En réalité, la jurisprudence a néanmoins pu apparaître flottante lorsqu'elle a dû qualifier ces mesures (V. F. GISSER, Propriété, possession et détention en droit pénal français, Thèse, Nancy II, 1981, p. 32). Elle est allée jusqu'à affirmer « qu'il est vain de rechercher si cette fermeture constitue une mesure de sûreté ou une peine, ou encore si elle affecte ce double caractère » : Cass. crim., 5 mai 1965, J.C.P., 1966, II, 14609, note R. LEGAIS.

¹²⁸⁴ Il en est ainsi en matière de proxénétisme. Sur ce point : E. BONIS-GARÇON, Les décisions provisoires (...), *op. cit.*, n°290, p. 168, dénonçant « un illogisme dangereux dans la mesure où il témoigne d'un certain éloignement de la décision provisoire par anticipation par rapport à la décision définitive ». V. aussi, M.-L. RASSAT, Règles particulières en matières de proxénétisme, *Jcl. proc. pén.*, art. 706-34 à 706-40, n°22.

¹²⁸⁵ J. LARGUIER, *op. cit.*, p. 353 et 354.

¹²⁸⁶ *Ibid.*

¹²⁸⁷ E. BONIS-GARÇON, *op. cit.*, n°659 et 660, p. 383 à 385, qui remet en cause la thèse de la différence de nature entre les mesures provisoires et celles contenues dans la décision définitive. *Contra*, F. GISSER, *op. cit.*, p. 30 et 32.

¹²⁸⁸ GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, t. III, Sirey, n°822. Le terme de « mandat » a été substitué à celui de « décret » pendant la Révolution. Sous l'empire de l'ordonnance criminelle de 1670, il existait trois sortes de décrets : le décret d'assigner pour être ouï, le décret d'ajournement personnel et le décret de prise de corps. Sur l'historique, C. GUERY, « Mandats », *Rép. pén. Dalloz*, n°1 à 5.

¹²⁸⁹ Art. 124 du C.P.P.

sceau du magistrat mandant et préciser l'identité de la personne contre laquelle il est décerné¹²⁹⁰. Réécrit par les lois du 15 juin 2000 et du 9 mars 2004, l'article 122 du C.P.P. recense les différents mandats de justice susceptibles d'être délivrés à l'encontre d'une personne mise en cause, mais non d'un témoin¹²⁹¹. Ce texte énumère cinq mandats. Ceux de recherche, de comparution, d'amener et d'arrêt relèvent de la compétence du magistrat instructeur¹²⁹², tandis que le mandat de dépôt est l'apanage du juge des libertés et de la détention selon l'article 137-1 du C.P.P.¹²⁹³. Une définition sommaire de chacun de ces actes peut être donnée.

222. Prévu à l'article 122, alinéa 4, du C.P.P., le mandat de comparution contient l'ordre donné à un individu déterminé de se présenter devant le juge à la date et à l'heure indiquées. Il a pour but d'interroger l'intéressé. Il l'avertit qu'en cas d'absence à la convocation, appel sera fait à la force publique. Si ce mandat comporte une intimidation, il reste dénué de toute contrainte. Ce n'est donc pas un acte coercitif. Il s'oppose, en cela, au mandat d'amener, souvent délivré après un refus de comparution. Ordre donné à la force publique de conduire immédiatement la personne à l'encontre de laquelle il est décerné devant le juge¹²⁹⁴, ce mandat revêt un caractère coercitif¹²⁹⁵. Il permet d'arrêter et d'amener la personne, au besoin par la force¹²⁹⁶, devant le magistrat instructeur afin qu'il l'interroge dès son arrivée¹²⁹⁷. Si la personne recherchée est trouvée à plus de deux cents kilomètres du siège du juge d'instruction ayant délivré le mandat et qu'il n'est pas possible de la conduire dans le délai de vingt-quatre heures devant lui, elle est présentée au juge des libertés et de la détention du lieu d'arrestation¹²⁹⁸. Si celle-ci s'oppose à son transfèrement, elle est conduite dans la maison d'arrêt, le

¹²⁹⁰ Art. 123, al. 1 du C.P.P. Un mandat ne saurait être délivré contre une personne inconnue. Dans cette situation, une note de recherche sera diffusée. L'article 123, al. 2 du C.P.P. énonce que « les mandats d'amener, de dépôt, d'arrêt et de recherche mentionnent en outre la nature des faits imputés à la personne, leur qualification juridique et les articles de loi applicables ».

¹²⁹¹ La lettre de l'article 122 du C.P.P. s'oppose à cette solution. Pour les témoins, le juge délivre un ordre de comparution, contrairement au C.I.C. qui permettait d'user des mandats contre les témoins (art. 92 du C.I.C.) : V. F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, t. IV, Plon, 2^{ème} éd., 1866, n°1641 à 1644, p. 161 à 166.

¹²⁹² La chambre criminelle a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article 122 du C.P.P. en raison de son imprécision : V. Cass. crim., 21 juin 2011, Bull. crim., n°146.

¹²⁹³ Depuis la loi du 15 juin 2000, le juge d'instruction n'est plus compétent pour le placement en détention provisoire. Par ailleurs, d'autres juridictions disposent des mandats de justice. C'est le cas du juge des enfants (art. 8, al. 3 de l'ordonnance du 2 fév. 1945), de la chambre de l'instruction (art. 207 du C.P.P.) ou de son président (art. 196 du C.P.P.), du tribunal correctionnel (art. 397-4, 465 et 469 du C.P.P.), de la cour d'appel (art. 519 du C.P.P.), du juge de l'application des peines (art. 712-17 du C.P.P.). Enfin, bien que ne constituant pas une juridiction, le procureur de la République peut décerner un mandat de recherche en vertu des articles 70 et 77-4 du C.P.P.

¹²⁹⁴ Art. 122, al. 5 du C.P.P.

¹²⁹⁵ Les auteurs anciens l'avaient relevé : V. F. HELIE, *op. cit.*, n°1642, p. 163 et 164 ; ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, t. II, Plon, 1886, n°2204, p. 503 et 504 ; P. LEFEBVRE, *Des actes de l'instruction préparatoire*, Thèse, Paris, 1899, p. 207 et 226 ; J.-A. ROUX, *Cours de droit (...)*, t. II, *op. cit.*, p. 325 et 326 ; H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel (...)*, *op. cit.*, n°1283, p. 740 et 741 ; G. VIDAL, *Cours de droit criminel (...)*, t. II, *op. cit.*, n°829, p. 1195 ; J. MARQUISET, *Manuel pratique (...)*, *op. cit.*, p. 191. Plus récemment, B. BOULOC, *L'acte d'instruction*, *op. cit.*, n°126, p. 85.

¹²⁹⁶ V. art. 134, al. 2 du C.P.P. (concours de la force publique).

¹²⁹⁷ Art. 125, al. 2 du C.P.P.

¹²⁹⁸ Art. 127 du C.P.P. ; V. Cass. crim., 14 fév. 2006, A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 176, obs. C. GIRAULT. Les irrégularités commises lors de l'exécution d'un mandat d'amener, décerné à l'issue d'une garde à vue, n'affectent pas la mise en examen ni le placement en détention provisoire ultérieur dans la mesure où ces actes n'ont pas pour support des actes accomplis pendant la retenue qualifiée d'illégale.

juge d'instruction compétent en recevant avis immédiat¹²⁹⁹. Lorsque ce dernier ordonne le transfèrement, la personne est conduite devant le magistrat instructeur dans les quatre jours de la notification du mandat, délai porté à six jours dans certaines situations spécifiques¹³⁰⁰. Il faut enfin noter que ce mandat interdit de pénétrer au domicile de l'individu entre vingt et une heures et six heures pour le saisir¹³⁰¹.

223. Créé par la loi du 9 mars 2004, le mandat de recherche se définit comme l'ordre donné à la force publique de rechercher une personne déterminée et de la placer en garde à vue aux termes de l'article 122, alinéa 2, du C.P.P. Il peut être décerné à l'égard d'une 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. N'étant pas témoin, celle-ci n'est cependant pas susceptible d'être placée sous un statut de mise en cause (témoin assisté, mis en examen)¹³⁰². Coercitif, cet acte l'est incontestablement puisqu'il permet l'arrestation et le placement en garde à vue de l'intéressé¹³⁰³. Le mandat d'arrêt présente également ce caractère. Envisagé à l'article 122, alinéa 6, du C.P.P., il tend à rechercher, arrêter et conduire la personne concernée à la maison d'arrêt indiquée pour une détention de vingt-quatre heures, ou de quatre jours en cas de transfèrement¹³⁰⁴. Dans les vingt-quatre heures, elle doit être présentée au juge d'instruction ou, à défaut, au président du tribunal pour être interrogée, et qu'il soit statué sur son placement en détention provisoire dans les conditions prévues par l'article 145 du C.P.P.¹³⁰⁵. Cumulant les effets du mandat d'amener avec ceux du mandat de dépôt, le mandat d'arrêt suppose cependant que le magistrat instructeur recueille l'avis du parquet avant de le décerner, à la différence du mandat d'amener¹³⁰⁶. Il ne peut le délivrer que contre une personne en fuite¹³⁰⁷, sans domicile facilement déterminable¹³⁰⁸, ou si elle réside hors du territoire de la République et à condition que le fait soit puni d'une peine d'emprisonnement correctionnelle ou plus grave¹³⁰⁹.

¹²⁹⁹ Art. 128 du C.P.P.

¹³⁰⁰ V. C.C., Q.P.C., 24 juin 2011, n°2011-133, *M. Kiril Z.*, J.O. du 25 juin 2011, p. 10840, cons. 13, où le juge constitutionnel émet une réserve d'interprétation en décidant que la conciliation ne serait pas équilibrée entre la recherche des auteurs d'infractions et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties « si la privation de liberté de quatre ou six jours prévue par l'article 130 (C.P.P.) pouvait être mise en œuvre, dans le cadre d'un mandat d'amener, à l'encontre d'une personne qui n'encourt pas une peine d'emprisonnement correctionnelle ou une peine plus grave ».

¹³⁰¹ Art. 134, al. 1 du C.P.P. Ce principe vaut également pour les mandats d'arrêt ou de recherche, ainsi que pour l'arrestation dans le cadre d'une demande d'extradition ou d'un mandat d'arrêt européen.

¹³⁰² S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op. cit.*, n°1867.

¹³⁰³ Art. 135-1 du C.P.P., renvoyant à l'article 154 concernant les modalités de la mesure.

¹³⁰⁴ Art. 133 du C.P.P. Le délai est porté à six jours en cas de transfèrement d'un département d'outre-mer vers un autre département ou de la France métropolitaine vers un département d'outre-mer : V. art. 130 et 133, al. 2 à 4 du C.P.P. sur la procédure applicable.

¹³⁰⁵ Art. 133, al. 1 du C.P.P. A défaut, la remise en liberté s'impose.

¹³⁰⁶ Art. 131 du C.P.P. ; Cass. crim., 7 avril 1987, Bull. crim., n°159.

¹³⁰⁷ Cass. crim., 25 janv. 1961, Bull. crim., n°47. Sur l'hypothèse de la personne faisant l'objet d'un mandat d'arrêt découverte après le règlement de l'information (et avant toute condamnation à une peine privative de liberté) : art. 135-2 du C.P.P. ; Cass. crim., 22 janv. 2013, Bull. crim., n°21, posant que cette personne doit être présentée au juge des libertés et de la détention qui statue sur son éventuel placement en détention provisoire.

¹³⁰⁸ Sur ce point, C. GUERY, P. CHAMBON, *op. cit.*, n°125.12.

¹³⁰⁹ Art. 131 du C.P.P.

224. Le mandat d'arrêt est dit « international » lorsqu'il informe un ou plusieurs Etats de son émission, permet de diffuser l'identité de la personne recherchée, de prévenir sa fuite et de favoriser son arrestation¹³¹⁰. Il ne dispense pas d'une procédure classique d'extradition¹³¹¹. Opérant, au contraire, une « juridictionnalisation » de l'extradition en supprimant la phase politique et donc celle du contrôle administratif¹³¹², le mandat d'arrêt européen, introduit aux articles 695-11 et suivants du C.P.P. par la loi du 9 mars 2004, a vocation à remplacer la procédure d'extradition entre les Etats européens. Mais il ne crée pas une nouvelle catégorie de mandat¹³¹³. Une juridiction d'instruction, de jugement ou d'application des peines décerne un mandat d'arrêt et c'est le ministère public qui le met à exécution sous la forme d'un mandat d'arrêt européen, soit d'office, soit à la demande de la juridiction¹³¹⁴. L'article 695-11, alinéa 1, du C.P.P. le définit comme « une décision judiciaire émise par un Etat membre de l'Union européenne, appelé Etat membre d'émission, en vue de l'arrestation et de la remise par un autre Etat membre, appelé Etat membre d'exécution, d'une personne recherchée pour l'exercice de poursuites pénales ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté ». Il s'agit bien d'un acte coercitif.

225. De son côté, l'article 122, alinéa 8, du C.P.P. livre le sens du mandat de dépôt. Il est l'ordre donné par le juge des libertés et de la détention au chef de l'établissement pénitentiaire de recevoir et de détenir la personne mise en examen à l'encontre de laquelle a été rendue une ordonnance de placement en détention provisoire. L'acte tend à la mise en détention après un débat contradictoire¹³¹⁵ pour une infraction punissable d'une peine criminelle ou d'au moins trois ans d'emprisonnement, ou si le mis en examen ne respecte pas les obligations du contrôle judiciaire¹³¹⁶. Il suppose que l'individu soit déjà à la disposition du juge des libertés et de la détention. Le mandat de dépôt n'autorise pas la recherche et l'arrestation de la personne concernée, sauf dans l'hypothèse où elle s'est enfuie après la notification du mandat¹³¹⁷. Cet acte a pour objet le placement en détention provisoire : il entame la liberté individuelle. Il appartient donc à la catégorie des actes coercitifs¹³¹⁸.

¹³¹⁰ A. HUET, R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, P.U.F., Thémis droit, 3^{ème} éd., 2005, n°274.

¹³¹¹ V. M.-E. CARTIER, Rapport introductif *in* Le mandat d'arrêt européen, Bruylant, 2005, *Droit de l'Union européenne*, M.-E. CARTIER (dir.), p. 20, ajoutant que ce mandat « n'a d'international que le nom car il n'est en réalité qu'un mandat strictement national aux effets coercitifs limités au territoire national. En effet, en dépit de tous les efforts faits depuis un siècle pour développer la coopération pénale, l'arrestation d'une personne demeure un privilège réservé à l'autorité de l'Etat dans lequel se trouve la personne recherchée, et l'exécution d'un mandat d'arrêt délivré dans un autre Etat suppose la mise en œuvre d'une procédure d'extradition ».

¹³¹² I. JEGOUZO, Le mandat d'arrêt européen, acte de naissance de l'Europe judiciaire pénale, *in* Le mandat d'arrêt européen, Bruylant, 2005, *Droit de l'Union européenne*, M.-E. CARTIER (dir.), p. 33 et s., spéc. p. 42.

¹³¹³ V. P. LAGAUCHE, L'introduction du mandat d'arrêt européen dans notre droit positif, *in* Le mandat d'arrêt européen, Bruylant, 2005, *Droit de l'Union européenne*, M.-E. CARTIER (dir.), p. 81 et s., spéc. p. 83.

¹³¹⁴ Art. 695-16, al. 1 du C.P.P. Cela se fait selon les règles et sous les conditions des articles 695-12 à 695-15.

¹³¹⁵ Art. 145 du C.P.P. Le mandat de dépôt ne peut jamais être décerné avant que le juge des libertés n'ait entendu le mis en examen.

¹³¹⁶ Art. 143-1 du C.P.P.

¹³¹⁷ Art. 122, al. 8 *in fine* du C.P.P. La rédaction maladroite du texte est regrettable : V. S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op. cit.*, n°1870.

¹³¹⁸ Dans le même sens : F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, *op. cit.*, n°1640, p. 159 ; ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, *op. cit.*, n°2207, p. 504 ; J. MARQUISSET, *Manuel pratique de l'instruction*, *op. cit.*, p. 197 ; B. BOULOC, *L'acte*

226. La nature juridique des mandats de justice a été source d'hésitations et d'incertitudes. La Cour de cassation a apporté quelques solutions, mais n'a guère été loquace sur le sujet. Peu mise en lumière, la nature de ces actes a généré des controverses doctrinales. Constituent-ils des actes d'information ou, au contraire, des actes de juridiction ? Un courant minoritaire estime que tous les mandats sont des mesures d'instruction¹³¹⁹. A l'opposé, d'autres les perçoivent comme des actes juridictionnels¹³²⁰. Il convient certainement de diviser les mandats en deux catégories¹³²¹. Les mandats de comparution et d'amener ont une finalité identique, l'interrogatoire des individus contre lesquels ils sont décernés. Même si le premier ne saurait s'analyser en un acte coercitif contrairement au second, ils tendent tous deux à l'exécution d'un acte d'information. Ils contribuent à la manifestation de la vérité en permettant d'interroger les personnes mises en cause. Ils ne présentent d'ailleurs plus d'intérêt une fois l'interrogatoire réalisé. Les mandats de comparution et d'amener sont alors des actes d'instruction¹³²², interruptifs de prescription¹³²³. Le mandat de recherche possède également cette nature. Ayant pour but le placement en garde à vue de la personne recherchée, il tend à accomplir une mesure d'instruction, utile à la manifestation de la vérité. De plus, le procureur de la République dispose de cet acte au cours des enquêtes de flagrance et préliminaire¹³²⁴. Or, le magistrat du parquet n'est pas une juridiction. Aussi ne peut-il pas rendre de décisions juridictionnelles. Selon le cadre juridique dans lequel il intervient, le mandat de recherche institue donc un nouvel acte d'enquête ou d'instruction et non un acte de juridiction¹³²⁵.

227. En revanche, il convient de considérer les mandats d'arrêt et de dépôt comme des actes juridictionnels¹³²⁶. Dans des arrêts anciens, la chambre criminelle a refusé de reconnaître cette nature

d'instruction, *op. cit.*, n°123, p. 83 ; J. PRADEL, L'instruction préparatoire, *op. cit.*, n°169, p. 192 ; R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, n°433.

¹³¹⁹ Telle a été la position de P. ESCANDE, puis de J. DUMONT, Mandats, *Jcl. proc. pén.*, Art. 122 à 136, ancienne version.
¹³²⁰ V. F. HELIE, *op. cit.*, n°1961, p. 626 et 627 ; P. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 211 et 212 ; J.-A. ROUX, *op. cit.*, p. 343 et la note n°8 ; G. VIDAL, *op. cit.*, n°827 *bis*, p. 1195 ; P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n°403. Cette thèse souligne généralement que les mandats ne peuvent faire l'objet de délégations.

¹³²¹ A l'instar de la doctrine majoritaire : V. B. BOULOC, Procédure pénale, *op. cit.*, n°824 ; J. PRADEL, *op. cit.*, n°148, p. 177 et 178 ; J. PRADEL, Procédure pénale, *op. cit.*, n°690 et 694 ; R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, n°429 ; C. GUERY, P. CHAMBON, *op. cit.*, n°121.13 ; M.-L. RASSAT, Traité de procédure pénale, *op. cit.*, n°386 ; V. LESCLOUS, J.-P. VALAT, Mandats, *Jcl. proc. pén.*, art. 122 à 136, n°7.

¹³²² La Cour de cassation l'a affirmée : V. Cass. crim., 19 nov. 1887, D., 1888, I, p. 191 ; S., 1888, I, p. 139 (mandats de comparution, d'amener et d'arrêt) ; Cass. crim., 21 juin 1918, Bull. crim., n°139 (mandat de comparution). Ils sont alors susceptibles de recours en annulation : Cass. crim., 12 janv. 2000, Bull. crim., n°17 (mandat d'amener).

¹³²³ Cass. crim., 21 juin 1918, préc. Le mandat de comparution interrompt la prescription de l'action publique, à l'image de l'ordonnance de « cédula de témoin », par laquelle le magistrat instructeur mande à tous agents de la force publique d'assigner un témoin à comparaître à son cabinet à partir du moment où elle a été transmise au parquet chargé d'en assurer l'exécution : Cass. crim., 11 fév. 1898, Bull. crim., n°59 ; Cass. crim., 24 juin 1899, Bull. crim., n°173 ; Cass. crim., 13 nov. 1952, Bull. crim., n°259.

¹³²⁴ Art. 70 du C.P.P., réécrit par la loi du 9 mars 2004, pour l'enquête sur infraction flagrante. Avant cette loi, le magistrat du parquet pouvait délivrer un mandat d'amener ; Art. 77-4 du C.P.P., pour l'enquête préliminaire.

¹³²⁵ En ce sens aussi : V. LESCLOUS, J.-P. VALAT, Mandats, *op. cit.*, n°7 ; C. GUERY, P. CHAMBON, *op. et loc. cit.* ; J. PRADEL, *op. cit.*, n°690.

¹³²⁶ *Contra*, J. LARGUIER, Remarques sur l'évolution (...), *op. cit.*, p. 299.

au mandat d'arrêt et a jugé qu'il s'agissait d'une simple mesure d'instruction¹³²⁷. Elle a alors fermé la voie de l'appel à l'égard de cet acte¹³²⁸. Ce mandat vaut pourtant titre de détention¹³²⁹, à la différence du mandat d'amener¹³³⁰. Attentatoire à la liberté individuelle, il présente une gravité particulière¹³³¹. Nul doute qu'il possède un caractère juridictionnel et coercitif¹³³². Sa délivrance doit être précédée de l'avis du parquet, mais les réquisitions ne lient en rien le magistrat instructeur. Si ce dernier a mis en examen l'intéressé, il peut solliciter du juge des libertés et de la détention qu'il le place en détention provisoire¹³³³. Saisi par ordonnance motivée du juge d'instruction¹³³⁴, le juge des libertés et de la détention organise un débat contradictoire entre le parquet et le mis en examen, assisté de son avocat¹³³⁵. Il lui est possible, si les conditions légales sont réunies, de motiver une ordonnance de placement en détention à l'issue de ce débat¹³³⁶.

228. Une telle ordonnance constitue un acte juridictionnel coercitif. Sa motivation comporte l'énoncé des considérations de droit et de fait sur l'insuffisance du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence avec surveillance électronique et les motifs pour lesquels l'incarcération constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs visés à l'article 144 du C.P.P.¹³³⁷. L'ordonnance de placement en détention provisoire est susceptible d'appel de la part du

¹³²⁷ Cass. crim., 19 nov. 1887, préc. ; Cass. crim., 9 mai 1913, D.P., 1915, I, p. 38. Cet acte interrompt alors la prescription de l'action publique.

¹³²⁸ V. Cass. crim., 7 avril 1837, Bull. crim., n°107. Aujourd'hui, la loi ne prévoit pas de recours contre un mandat d'arrêt. La Cour de cassation a jugé les dispositions des articles 6 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme inapplicables en cas de recours formé contre un mandat d'arrêt, dont le seul objet est d'assurer la représentation en justice de la personne : V. Cass. crim., 17 déc. 2002, Bull. crim., n°230.

¹³²⁹ Cass. crim., 20 oct. 1987, Bull. crim., n°357 ; Cass. crim., 16 fév. 1988, Bull. crim., n°76 ; Cass. crim., 11 juill. 2001, Bull. crim., n°166. Les auteurs sont unanimes : V. not., H.-C. LE GALL, Mandats d'arrêt et mandats d'amener, Gaz. pal., 1985, doct., p. 117 et s., spéc. p. 117.

¹³³⁰ Cass. crim., 19 janv. 1987, Bull. crim., n°24, affirmant que ce mandat n'est pas un titre de détention.

¹³³¹ Selon B. BOULOC, *in* L'acte d'instruction, *op. cit.*, n°148, p. 99 et 100, c'est uniquement cette raison qui permet de reconnaître la nature juridictionnelle aux mandats d'arrêt et de dépôt. Dans une optique de simplification de la matière, une doctrine propose, par ailleurs, de ramener à deux le nombre de mandats : le mandat d'amener, d'une part, le mandat de dépôt, d'autre part (après audition ou sous mandat d'amener) : V. M.-L. RASSAT, Procédure pénale, Ellipses, Universités, 2^{ème} éd., 2013, n°508.

¹³³² Sur le caractère juridictionnel de ce mandat, V. déjà, GARRAUD, Traité théorique et pratique (...), t. III, *op. cit.*, n°851, p. 136. La nature juridictionnelle du mandat d'arrêt se communique au mandat d'arrêt européen. La juridiction d'instruction, de jugement ou d'application des peines décerne un mandat d'arrêt et le parquet le met à exécution, il le transforme en mandat d'arrêt européen. Le ministère public ne crée pas un nouvel acte et n'en modifie pas non plus sa nature (J. PRADEL, Le mandat d'arrêt européen. Un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit français de l'extradition, D., 2004, chron., p. 1392 et s. et chron., p. 1462 et s., spéc. n°28, p. 1462 ; P. LAGAUCHE, *op. et loc. cit.*). C'est une modalité de diffusion du mandat d'arrêt (V. à cet égard, Cass. crim., 1^{er} fév. 2005, Bull. crim., n°36 ; Cass. crim., 19 avril 2005, Bull. crim., n°136). L'article 695-11 du C.P.P. le qualifiant justement de « décision judiciaire », il est possible d'affirmer que la loi du 9 mars 2004 a conféré un caractère juridictionnel au mandat d'arrêt européen, donc au mandat d'arrêt.

¹³³³ Art. 133, al. 1 du C.P.P.

¹³³⁴ Art. 137-1, al. 4 du C.P.P.

¹³³⁵ Art. 145, al. 4 et 145, al. 6 du C.P.P.

¹³³⁶ L'article 133, al. 1, *in fine* du C.P.P. renvoie à la procédure de placement en détention provisoire prévue à l'article 145 du C.P.P.

¹³³⁷ La Cour de cassation vérifie l'existence et la réalité de la motivation de l'ordonnance au regard des conditions de fond de la détention, énoncées à l'article 144 du C.P.P. : V. par ex., Cass. crim., 16 juill. 1997, Bull. crim., n°237. Sur l'intérêt de la motivation : R. MERLE, La liberté et la détention au cours de l'instruction dans la loi du 17 juillet 1970, Rev. sc. crim., 1971, p. 567 et s., spéc. p. 572.

ministère public et de la personne poursuivie, jamais de la partie civile¹³³⁸. Elle forme le support d'un autre acte coercitif, le mandat de dépôt¹³³⁹. Lorsqu'il délivre ce mandat, le juge des libertés et de la détention porte une appréciation sur le bien-fondé de la mesure. Il tranche alors un litige en disant le droit. De ce point de vue, le mandat de dépôt mérite également d'être qualifié d'acte de juridiction¹³⁴⁰. L'évolution de la jurisprudence l'atteste. La chambre criminelle a estimé que le mandat de dépôt restant inséparable de l'ordonnance de mise en détention, ses irrégularités éventuelles ne peuvent être invoquées qu'à l'appui d'un appel interjeté contre celle-ci¹³⁴¹. Le juge d'instruction ne peut pas saisir la chambre de l'instruction d'une requête aux fins d'annulation de ces actes sur le fondement de l'article 173 du C.P.P.¹³⁴². Puis, le placement en détention provisoire a été qualifié de décision juridictionnelle insusceptible de délégation¹³⁴³, avant que la possibilité de relever appel du mandat de dépôt ne soit admise¹³⁴⁴. Si la Cour de cassation se garde d'attribuer expressément à ce mandat la qualification d'acte juridictionnel, elle lui applique le régime juridique des jugements.

229. Caractérisée par la privation de liberté du mis en examen, la détention provisoire est par essence une mesure coercitive¹³⁴⁵. Son prononcé doit demeurer exceptionnel et intervenir en raison de l'insuffisance du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence avec surveillance électronique¹³⁴⁶. Ordonnée pour les nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, elle nourrit un contentieux

¹³³⁸ En vertu de l'article 186, al. 2 du C.P.P. ; Cass. crim., 14 mars 2012, Bull. crim., n°71, rappelant que « la partie civile est sans qualité pour critiquer les mesures énumérées à l'article 137 du Code de procédure pénale, relatives à la détention provisoire, au contrôle judiciaire et au placement sous surveillance électronique » ; Cass. crim., 21 août 2013, Bull. crim., n°175 ; A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 35, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE (impossibilité pour la partie civile de former un pourvoi en cassation contre un arrêt qui porte sur le contrôle judiciaire du mis en examen, lequel ne lui fait pas grief). Dénonçant l'incohérence du droit positif, lorsque l'on met en parallèle l'arrêt du 14 mars 2012 avec un autre du 25 juill. 2012 (Bull. crim., n°171) : L. BORE, Partie civile, détention provisoire et contrôle judiciaire : l'incertitude, J.C.P., 2012, 1393.

¹³³⁹ Art. 122, al. 8 du C.P.P.

¹³⁴⁰ Dans le même sens : J.-A. ROUX, *op. cit.*, p. 343, note n°8 ; B. BOULOC, *op. cit.*, n°146 et s., p. 98 et s. ; J. PRADEL, L'instruction préparatoire, *op. cit.*, n°148, p. 178 ; R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, n°429 ; M.-L. RASSAT, *Traité (...), op. cit.*, n°386 ; C. GUERY, P. CHAMBON, *op. cit.*, n°121.13. P. CHAMBON a pourtant exprimé le contraire dans un premier temps, mentionnant que ce mandat (ainsi que le mandat d'arrêt) doit être considéré comme « un acte isolé d'instruction, émanation du pouvoir discrétionnaire du juge d'instruction » : P. CHAMBON, note sous CA Paris (ch. acc.), 12 oct. 1966, J.C.P., 1966, II, 14887. Sous l'empire du C.I.C., la jurisprudence a regardé le mandat de dépôt comme un acte d'instruction, dont l'appel demeure irrecevable : Cass. crim., 3 janv. 1861, Bull. crim., n°1. Elle est allée au bout de sa logique, puisqu'elle a aussi dénié le caractère juridictionnel à l'ordonnance de mainlevée du mandat de dépôt rendue sur le fondement de l'article 94 du C.I.C. : Cass. crim., 23 fév. 1934, Bull. crim., n°42. Après la promulgation du C.P.P., elle a semblé maintenir sa jurisprudence relative au mandat de dépôt : V. Cass. crim. (ord. prés.), 12 janv. 1976, Bull. crim., n°8.

¹³⁴¹ Cass. crim., 12 oct. 1987, Bull. crim., n°344 ; Cass. crim., 19 sept. 1989, Bull. crim., n°322. Sur la question, V. P. CHAMBON, note préc. sous CA Paris (ch. acc.), 12 oct. 1966. Les irrégularités commises dans la délivrance du mandat entachent la régularité de la détention si elles concernent une forme substantielle. Mais la nullité n'atteint pas la régularité du fond de la procédure : Cass. crim., 25 janv. 1961, Bull. crim., n°47, préc. De plus, lorsqu'un mandat de dépôt est annulé pour vice de forme, un second peut être décerné pour les mêmes faits et dans la même information afin de placer à nouveau le mis en examen en détention : Cass. crim., 14 nov. 1985, Bull. crim., n°356 ; Cass. crim., 3 sept. 2003, Bull. crim., n°152 ; Cass. crim., 1^{er} fév. 2005, Bull. crim., n°33.

¹³⁴² Cass. crim., 19 juill. 1993, Bull. crim., n°247, qualifiant l'ordonnance de placement en détention provisoire de décision juridictionnelle.

¹³⁴³ Cass. crim., 8 nov. 1990, Bull. crim., n°374.

¹³⁴⁴ Cass. crim., 1^{er} mars 1994, Bull. crim., n°81.

¹³⁴⁵ Cette qualification est courante : V. J. MICHAUD, La carrière du juge d'instruction, *Rev. sc. crim.*, 1978, *chron.*, p. 711 et s., *spéc.* p. 712 ; J. DALLEST, L'ouverture d'une information judiciaire, une nécessité résiduelle, *A.J. pénal*, 2004, *dossier*, p. 346 et s., *spéc.* p. 349 ; S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op. cit.*, n°1940. L'expression « mesure de contrainte » demeure aussi employée : V. M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n°388.

¹³⁴⁶ Art. 137 du C.P.P.

considérable au sein de l'information. Elle provoque de nombreuses décisions juridictionnelles. Il faut toutefois mettre de côté les modalités de désignation du juge des libertés et de la détention, qui n'appartiennent pas à cette catégorie de décisions. L'article 137-1, alinéa 2, du C.P.P. organise la façon dont ce magistrat est remplacé. Il est cependant peu disert sur les modalités de sa désignation. Il se contente de préciser que le juge des libertés et de la détention, magistrat du siège ayant rang de président, de premier vice-président ou de vice-président, est désigné par le président du tribunal de grande instance. L'article 137-1-1 du C.P.P. permet, lui, à un juge des libertés et de la détention d'exercer ces fonctions dans deux autres tribunaux de grande instance du ressort de la cour d'appel en fin de semaine ou pendant les congés annuels. Cette désignation, qui ne saurait excéder quarante jours, est décidée par ordonnance du premier président de la cour d'appel prise à la demande des présidents des juridictions concernées et après avis du président du tribunal de grande instance dans lequel exerce le juge des libertés et de la détention. Elle peut aussi être ordonnée lorsque, pour cause de vacance d'emploi ou d'empêchement, aucun magistrat n'est susceptible de s'acquitter de cette tâche au sein d'une juridiction¹³⁴⁷. Ces actes revêtent une nature identique à la désignation du juge d'instruction par le président du tribunal. Il s'agit de mesures d'administration judiciaire insusceptibles de recours¹³⁴⁸.

230. Au contraire, l'ordonnance motivée du juge d'instruction qui saisit le juge des libertés et de la détention afin de placer le mis en examen en détention provisoire, revêt un caractère juridictionnel¹³⁴⁹. Elle suppose une appréciation sur la nécessité de la mesure. Le magistrat instructeur tranche une contestation en faisant droit à la demande du parquet de saisir le juge des libertés et de la détention¹³⁵⁰. La saisine se matérialise par la transmission du dossier accompagné des réquisitions du ministère public. Elle est possible dans la même information et pour les mêmes faits, lorsque la personne mise en examen a fait précédemment l'objet d'une ordonnance, non pas de placement en détention provisoire mais d'incarcération provisoire, en application de l'article 145, alinéa 8, du C.P.P.¹³⁵¹. L'ordonnance du juge d'instruction apparaît insusceptible d'appel de la part du mis en examen¹³⁵². Elle ne saurait s'analyser comme un acte coercitif, dans la mesure où elle se contente de saisir le magistrat compétent pour prononcer l'incarcération. Si elle a en quelque sorte un aspect préparatoire, elle entraîne un défèrement devant le juge des libertés et de la détention. Le juge d'instruction peut alors

¹³⁴⁷ Art. 137-1-1, al. 2 du C.P.P.

¹³⁴⁸ La circulaire CRIM 00-16 F1 du 20 décembre 2000 l'affirme dans son point n°2.1.1.1.2.

¹³⁴⁹ *Contra*, avant l'adoption de la loi du 15 juin 2000 : Cass. crim., 30 juin 1993, Bull. crim., n°233. Après cette loi, certains auteurs ont encore soutenu que cette décision est dépourvue de caractère juridictionnel : V. A. DORSNER-DOLIVET, Les dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant les garanties judiciaires en matière de détention provisoire, Dr. pénal, 2000, chron. n°39, notant qu'elle semble constituer « un simple acte d'administration judiciaire, non susceptible de recours (...) ».

¹³⁵⁰ V. Cass. crim., 6 mars 2002, D., 2002, I.R., p. 1323. L'arrêt précise que le juge des libertés et de la détention n'est pas un juge délégué par le juge d'instruction.

¹³⁵¹ Cass. crim., 6 déc. 2011, Bull. crim., n°246 ; Procédures, 2012, comm. n°89, obs. J. BUISSON.

¹³⁵² L'article 186 du C.P.P. ne mentionne pas cet acte. L'appel peut uniquement être interjeté contre l'ordonnance de placement en détention provisoire rendue par le juge des libertés et de la détention en vertu de l'art. 137-3 du C.P.P.

requérir la force publique sur le fondement de l'article 51, alinéa 3, du C.P.P. afin de faire conduire le mis en examen sous la contrainte devant le juge des libertés et de la détention¹³⁵³.

231. Il peut aussi s'opposer à l'avis du procureur de la République. Le magistrat instructeur estime parfois que la détention provisoire n'est pas justifiée et refuse de transmettre la procédure au juge des libertés. Il doit rendre sans délai une ordonnance motivée qu'il notifie au procureur de la République¹³⁵⁴. Cette décision constitue un acte de juridiction, car le magistrat instructeur prend position en rejetant une telle demande. Elle fait grief au parquet, lequel dispose du droit d'en relever appel sur le fondement de l'article 185 du C.P.P. De plus, l'article 137-4, alinéa 2, du C.P.P. l'autorise à passer outre le refus du juge d'instruction¹³⁵⁵. Ses dispositions l'autorisent à saisir directement le juge des libertés et de la détention si l'infraction reprochée est un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement et si les réquisitions de mise en détention sont fondées sur les motifs énoncés aux 4° à 7° de l'article 144, enfin si elles précisent qu'il envisage de recourir à cette faculté. Le procureur présente sans délai le mis en examen au juge des libertés. Une ordonnance de placement en détention provisoire entraînerait caducité de celle rendue par le juge d'instruction ayant placé l'individu sous contrôle judiciaire¹³⁵⁶. Dans l'hypothèse où il renoncerait à saisir directement le juge des libertés et de la détention, le ministère public avertit le magistrat instructeur et la personne peut être laissée en liberté¹³⁵⁷.

232. Ces quelques actes n'épuisent pas les décisions juridictionnelles adoptées dans le cadre de la détention provisoire. Dans son sixième alinéa, l'article 145 du C.P.P. dispose que le débat contradictoire relatif au placement ou au maintien en détention des personnes majeures a lieu en audience publique devant le juge des libertés et de la détention¹³⁵⁸. Toutefois, le ministère public, la personne mise en examen ou son avocat peuvent s'opposer à la publicité si l'enquête porte sur des faits de criminalité organisée ou si la publicité est de nature à entraver les investigations spécifiques nécessitées par l'instruction, à porter atteinte à la présomption d'innocence ou à la sérénité des débats ou encore à nuire à la dignité de la personne ou aux intérêts d'un tiers. Le juge des libertés et de la détention statue sur cette opposition en audience de cabinet par ordonnance motivée, après avoir

¹³⁵³ Cass. crim., 3 mai 2011, Bull. crim., n°88.

¹³⁵⁴ Art. 137-4 du C.P.P.

¹³⁵⁵ V. C. GUERY, Une détention provisoire exceptionnelle... mais souhaitable, A.J. pénal, 2004, p. 238 et s., pour qui « cet article consacre une double chance du ministère public qui souhaite obtenir une détention provisoire dans certains cas ».

¹³⁵⁶ V. C. GUERY, *op. cit.*, p. 239 : « D'où une conclusion qui s'impose : par ce biais, le législateur a créé un référé-détention élargi qui, de fait, s'applique au placement, dès lors en tout cas que le JLD a suivi les réquisitions de placement en détention ». L'instauration de cette nouvelle possibilité offerte au procureur de la République apparaît en contradiction avec les termes de l'article 137 du C.P.P. qui affirment le caractère exceptionnel de la détention provisoire. Mais le manque de cohérence de la part du législateur, en matière de détention provisoire, a été relevé de longue date : V. not., P. CHAMBON, Analyse et réflexions sur la loi n°84-576 du 9 juillet 1984, tendant à renforcer les droits des personnes en matière de placement en détention provisoire et d'exécution d'un mandat de justice, J.C.P., 1985, I, 3174, spéc. n°13.

¹³⁵⁷ Art. 137-4, al. 2 *in fine* du C.P.P.

¹³⁵⁸ Ce texte a été réécrit par la loi n°2007-291 du 5 mars 2007 précitée, qui a inversé le système. Pour le mineur mis en examen, l'audience de cabinet subsiste.

recueilli les observations du parquet, du mis en examen et de son conseil. S'il fait droit à cette opposition, le débat a lieu en audience de cabinet. Son ordonnance tranche une contestation qui s'élève devant lui : il apprécie s'il convient de faire droit à la demande. Il s'agit dès lors d'un acte juridictionnel, bien que cette ordonnance ait pu être jugée insusceptible de tout recours¹³⁵⁹. Elle n'a, en revanche, aucune nature coercitive : elle n'entame pas la liberté individuelle.

233. Le débat contradictoire doit être différé si la personne mise en examen, ou son avocat, sollicite un délai pour préparer sa défense aux termes de l'article 145, alinéa 7, du C.P.P. Le juge des libertés et de la détention est tenu de lui accorder. Toutefois, il peut rendre une ordonnance motivée prescrivant l'incarcération de l'intéressé pour une durée maximale de quatre jours ouvrables¹³⁶⁰. Selon l'article 145, alinéa 8, du C.P.P., cet acte n'est pas susceptible d'appel¹³⁶¹. L'adoption d'une telle mesure renferme pourtant une véritable décision : le magistrat apprécie la nécessité d'incarcérer à titre provisoire le mis en examen¹³⁶². Lorsqu'il prescrit l'incarcération, il tranche un litige parce qu'il aurait pu préférer le laisser en liberté. Son ordonnance fait donc grief à l'individu. Elle présente non seulement un caractère juridictionnel, mais possède en plus un aspect coercitif. Elle porte atteinte à la liberté individuelle à l'instar de la détention provisoire¹³⁶³. S'agissant d'un acte coercitif, le mis en examen devrait pouvoir bénéficier d'un recours contre cet acte.

234. Durant le délai de quatre jours ouvrables¹³⁶⁴, le juge des libertés fait comparaître à nouveau la personne¹³⁶⁵, assistée ou non d'un avocat, afin de procéder au débat contradictoire indispensable au placement en détention¹³⁶⁶. S'il estime que la détention ne s'impose pas, celle-ci recouvre la liberté d'office. Dans le cas contraire, le temps d'incarcération provisoire sera imputé sur la durée de la détention provisoire et sur celui de la peine éventuellement prononcée. Depuis la loi n°2007-291 du 5

¹³⁵⁹ Avant la réforme opérée par la loi du 5 mars 2007, il est vrai : Cass. crim., 15 mars 2005, Bull. crim., n°87.

¹³⁶⁰ V. Cass. crim., 4 avril 1996, Procédures, 1996, comm. n°267, note J. BUISSON. Les samedis, dimanches et les jours fériés et chômés ne sont pas des jours ouvrables au sens de l'article 801 du C.P.P. ; Cass. crim., 11 juill. 2012, Bull. crim., n°164 ; Cass. crim., 25 juin 2013, Bull. crim., n°157.

¹³⁶¹ Cass. crim., 19 janv. 1987, Bull. crim., n°24, préc. ; Cass. crim., 11 sept. 2001, Inédit, n°01-84436. Mais la nullité de l'ordonnance d'incarcération peut être soulevée par le mis en examen au moment de l'appel exercé contre l'ordonnance de placement en détention provisoire rendue par le juge des libertés : V. Cass. crim., 3 juill. 1985, J.C.P., 1986, II, 20602, obs. W. JEANDIDIER. *Adde*, Cass. crim., 11 juill. 1990, Bull. crim., n°283 ; Rev. sc. crim., 1991, p. 374, obs. A. BRAUNSCHWEIG. Bien qu'elle ne précise pas la durée de l'incarcération, l'ordonnance échappe à la nullité si le mandat de dépôt, « faisant corps avec l'ordonnance », est à durée déterminée. Il était limité à cinq jours ici et la mise en détention était intervenue avant l'expiration de ce délai.

¹³⁶² V. Cass. crim., 10 fév. 1998, Bull. crim., n°51.

¹³⁶³ Le régime de l'incarcération est d'ailleurs assimilé à celui de la détention provisoire : art. 145, al. 10 du C.P.P.

¹³⁶⁴ Ce délai se calcule de jour à jour et non d'heure à heure et le débat différé doit débiter au jour fixé par le juge : Cass. crim., 17 oct. 2012, Bull. crim., n°222 ; Cass. crim., 17 oct. 2012, Bull. crim., n°223 ; Cass. crim., 17 oct. 2012, Bull. crim., n°224 (même solution).

¹³⁶⁵ V. toutefois, Cass. crim., 25 oct. 2000, Bull. crim., n°314, jugeant que le défaut de comparution de l'intéressé en raison de son état de santé constitue une circonstance imprévisible et insurmontable mettant le juge dans l'impossibilité de procéder au débat contradictoire dans le délai fixé.

¹³⁶⁶ Les dispositions de l'article 114 du C.P.P. ne sont pas applicables au débat contradictoire différé : Cass. crim., 25 nov. 2003, Bull. crim., n°220. Cette solution apparaît logique, car l'article 114, al. 2 énonce en substance que les avocats sont convoqués au plus tard cinq jours ouvrables avant l'interrogatoire de leur client. Or, l'incarcération provisoire ne peut excéder quatre jours ouvrables. Le texte ne peut donc être appliqué dans cette hypothèse.

mars 2007, l'article 145, alinéa 9, du C.P.P.¹³⁶⁷ offre enfin la possibilité au juge des libertés et de la détention de décider d'office l'incarcération provisoire du mis en examen au moyen d'une ordonnance motivée pour permettre au juge d'instruction d'effectuer des vérifications complémentaires sur la situation personnelle de celui-ci ou sur les faits reprochés. Leur but est de permettre un placement sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence avec surveillance électronique. Prescrite pour une durée déterminée, l'incarcération provisoire ne saurait excéder quatre jours ouvrables jusqu'à la tenue du débat contradictoire. Cette ordonnance constitue, à la fois, un acte juridictionnel et coercitif. Bien que la finalité de l'acte soit d'éviter un placement en détention provisoire, il est heureux que le législateur ait autorisé l'exercice du référé-liberté à son encontre.

235. Une fois le mis en examen placé en détention provisoire, se pose la question de la durée de la mesure. Elle est cantonnée à une durée raisonnable au regard de la gravité des faits reprochés à cette personne et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité¹³⁶⁸. La Cour de cassation ne contrôle pas l'appréciation portée par les juges du fond sur le caractère raisonnable de la durée de détention, estimant qu'il s'agit d'une question de fait¹³⁶⁹. Aussi des limites plus concrètes sont érigées aux articles 145-1 et 145-2 du C.P.P. Quoiqu'il en soit, les ordonnances de prolongation de la détention doivent être spécialement motivées par référence aux articles 143-1 et 144 du C.P.P.¹³⁷⁰. La prolongation impose toujours l'énoncé des considérations de droit et de fait¹³⁷¹ et la tenue d'un débat contradictoire¹³⁷². Les décisions de renouvellement de la mesure s'opèrent selon la même procédure¹³⁷³. Dans un premier temps, la Cour de cassation a fait douter du caractère

¹³⁶⁷ Légèrement modifié par une loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, J.O. du 14 déc. 2011, p. 21105.

¹³⁶⁸ Art. 144-1 du C.P.P. Dans son article 5 §3, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme formule le droit des personnes détenues à être jugées dans un délai raisonnable ou libérées pendant la procédure.

¹³⁶⁹ V. Cass. crim., 12 juin 1997, Bull. crim., n°233 ; Cass. crim., 1^{er} oct. 2002, Inédit, n°02-84980 ; Cass. crim., 3 juin 2003, Bull. crim., n°111 ; J.C.P., 2003, IV, 2372 ; Dr. pénal, 2003, chron. n°26, obs. A. MARON ; Cass. crim., 14 mars 2006, A.J. pénal, 2006, jurispr., p. 220, obs. C. GIRAULT. La France a été condamnée par la Cour européenne pour des détentions provisoires excessives : V. parmi d'autres, CEDH, 26 juin 1991, *Letellier / France*, D., 1992, somm., p. 328, obs. J.-F. RENUCCI ; CEDH, 17 mars 1997, *Muller / France*, Rev. sc. crim., 1998, p. 165, obs. L.-E. PETTITI. Si la Cour constate que la durée de la détention est déraisonnable et condamne l'Etat français, son arrêt permet à celui qui s'en prévaut de demander réparation et d'être remis en liberté. Toutefois, l'irrespect du délai raisonnable (art. 6 §1 de la Convention) demeure sans incidence sur la validité des procédures relevant du droit interne, selon une jurisprudence classique de la Cour de cassation : Cass. crim., 3 fév. 1993, Bull. crim., n°57 ; J.C.P., 1994, II, 22197, note P. CHAMBON ; Cass. crim., 4 mai 1994, Bull. crim., n°166 ; J.C.P., 1994, II, 22349, note P. CHAMBON ; Cass. crim., 24 avril 2013, Bull. crim., n°100 ; D., 2013, p. 1139 ; Dr. pénal, 2013, comm. n°99, note A. MARON et M. HAAS.

¹³⁷⁰ V. art. 137-3 du C.P.P.

¹³⁷¹ V. Cass. crim., 20 janv. 1993, Bull. crim., n°32.

¹³⁷² Le dossier transmis au juge des libertés et de la détention en vue du débat contradictoire préalable à la décision de prolongation de la détention provisoire n'a pas nécessairement à être complet, compte tenu de la mise à la disposition des avocats de la procédure durant les jours ouvrables après la première comparution du mis en examen : Cass. crim., 1^{er} fév. 2011, Bull. crim., n°14. Sur la nécessité de joindre, au dossier de la procédure, le récépissé de la convocation de l'avocat par télécopie au débat contradictoire : Cass. crim., 27 nov. 2012, Bull. crim., n°257 ; Cass. crim., 3 déc. 2013, Bull. crim., n°243 ; D., 2014, p. 147. Et sur la question de savoir quel document constitue le récépissé d'une télécopie : Cass. crim., 2 oct. 2013, Bull. crim., n°185 ; Dr. pénal, 2013, comm. n°161, note A. MARON et M. HAAS ; A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 39, obs. L. PRIOU, précisant que « le rapport de transaction consécutif à l'envoi d'une télécopie constitue le récépissé prévu par l'article 114, alinéa 2, du C.P.P. ».

¹³⁷³ V. art. 145-1, al. 2, 145-2, al. 1 *in fine* et 145-2, al. 3 *in fine* du C.P.P.

juridictionnel de l'ordonnance de prolongation de la détention¹³⁷⁴. Ces doutes se sont levés progressivement¹³⁷⁵. Les ordonnances qui décident de prolonger ou de renouveler la détention provisoire possèdent bien la nature juridictionnelle¹³⁷⁶, à l'image de celle ordonnant la mise en détention initiale. Elles tranchent des prétentions juridiques élevées par le ministère public et la personne mise en examen. Lorsque le juge des libertés opte pour la prolongation ou le renouvellement de la détention, sa décision fait grief à l'individu¹³⁷⁷. Elle constitue un acte coercitif, dans la mesure où elle allonge la durée de la privation de liberté. L'ordonnance doit être notifiée au mis en examen. Il a le droit d'en relever appel en vertu de l'article 186 du C.P.P.¹³⁷⁸.

236. En dépit de la lettre de l'article 144-1 du C.P.P. visant à enfermer la détention provisoire dans une durée raisonnable, la mesure dure parfois des mois, voire des années. En principe, l'ordonnance de règlement y met fin¹³⁷⁹, peu importe qu'elle prononce le non-lieu ou le renvoi devant une juridiction de jugement. Pourtant, si le juge d'instruction décide de renvoyer la personne mise en examen devant le tribunal correctionnel, il peut prescrire son maintien en détention jusqu'à sa comparution devant le tribunal¹³⁸⁰. Aux termes de l'article 179, alinéa 3, du C.P.P., il doit rendre une ordonnance distincte et spécialement motivée¹³⁸¹. La motivation consiste à énoncer les éléments de l'espèce qui doivent correspondre aux 2°, 4°, 5° et 6° de l'article 144 du C.P.P. Prescrit par le magistrat instructeur¹³⁸², ce

¹³⁷⁴ V. Cass. crim., 12 nov. 1959, Bull. crim., n°486 ; J.C.P., 1960, II, 11405, note P. CHAMBON, où il a été précisé que l'ordonnance de soit-communié précédant l'ordonnance de prolongation de la détention n'était pas juridictionnelle. Or, sous l'empire du C.I.C. (loi de 1897), la Cour de cassation reconnaissait systématiquement un caractère juridictionnel aux ordonnances de soit-communié préalables aux ordonnances juridictionnelles. Dès lors, il était possible de croire qu'elle ne percevait pas l'ordonnance de prolongation de la détention comme une décision juridictionnelle. V. P. CHAMBON, La prolongation de la détention préventive, son régime et sa portée, J.C.P., 1961, I, 1627. Cette jurisprudence a été maintenue : Cass. crim., 21 déc. 1970, Bull. crim., n°346.

¹³⁷⁵ V. Cass. crim., 4 août 1962, Bull. crim., n°256 ; Rev. sc. crim., 1963, p. 124, obs. J. ROBERT.

¹³⁷⁶ La jurisprudence l'affirme : Cass. crim., 4 nov. 1986 (2 arrêts), Bull. crim., n°320 (2^{ème} arrêt) ; Cass. crim., 25 oct. 1993, Inédit, n°93-83843 ; Cass. crim., 13 déc. 1993, Bull. crim., n°385 ; Cass. crim., 21 fév. 1994, Bull. crim., n°73 ; *Adde*, Cass. crim., 11 déc. 2001, Bull. crim., n°258. La doctrine l'indique également : V. par ex., F. JACQUOT, L'instruction préparatoire et la protection de la liberté individuelle : le contentieux de la détention provisoire, Thèse, 2 tomes, Nancy 2, 1997, t. 2, p. 432 à 440 ; B. BOULOC, *op. cit.*, n°84, p. 57, n°154, p. 104 et n°155, p. 105.

¹³⁷⁷ V. aussi, R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, note n°3, p. 570.

¹³⁷⁸ Le premier alinéa mentionne les ordonnances et décisions prévues aux articles 137-3, 145-1 et 145-2 du C.P.P. L'appel obéit aux mêmes règles que l'appel des ordonnances de mise en détention.

¹³⁷⁹ Art. 179, al. 2 du C.P.P. Les mandats d'amener et de recherche cessent de pouvoir recevoir exécution, mais le mandat d'arrêt conserve sa force exécutoire s'il a été délivré. A défaut, le magistrat instructeur peut en décerner un à l'encontre du prévenu.

¹³⁸⁰ Ou sous assignation à résidence avec surveillance électronique ou sous contrôle judiciaire si l'individu faisait l'objet d'une telle mesure. Sur la caducité du titre initial de détention en cas d'ordonnance distincte prescrivant le maintien de l'incarcération en vertu de l'article 179 du C.P.P. : Cass. crim., 14 nov. 2012, Bull. crim., n°246.

¹³⁸¹ Les dispositions de l'article 179 du C.P.P. ne portent pas atteinte aux droits de la défense, ni au droit d'accès effectif à un juge et à un procès équitable. La Cour de cassation a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité, celle-ci ne présentant pas un caractère sérieux : Cass. crim., 15 fév. 2011, Bull. crim., n°24. Sur la possibilité de faire application de l'article 179, al. 3 du C.P.P. aux personnes renvoyées pour délit connexe devant la cour d'assises : art. 181, al. 6 du C.P.P., précisant que le délai de deux mois est porté à six mois dans ce cas.

¹³⁸² Ce magistrat bénéficie d'une compétence exclusive pour décider de la mesure : Cass. crim., 21 janv. 1986, Bull. crim., n°27 et la lettre de l'article 179, al. 3 du C.P.P. ; V. *contra*, R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, op. cit.*, n°535. Mais il est tenu de statuer, par une ordonnance motivée, sur les réquisitions de maintien en détention provisoire du mis en examen dont il ordonne le renvoi devant le tribunal correctionnel. A défaut d'une telle ordonnance, le parquet peut, dans les dix jours, saisir directement la chambre de l'instruction : Cass. crim., 9 juill. 2014, n°14-82761, E.C.P.B. ; Dr. pénal, 2014, comm. n°120, note A. MARON et M. HAAS (cassation au visa des articles 82, 179 et 207 du C.P.P.).

maintien en détention ne peut dépasser deux mois après le règlement de l'information, car le tribunal doit avoir débuté l'examen du fond dans ce délai¹³⁸³. Si des raisons de fait ou de droit font obstacle au jugement de l'affaire dans les deux mois, le tribunal a la possibilité d'ordonner la prolongation de la détention, à titre exceptionnel, pour deux mois en application de l'article 179, alinéa 5, du C.P.P.¹³⁸⁴. Cette décision est susceptible de faire l'objet d'un renouvellement, ce qui conduit à six mois au total. Passé ce délai, l'élargissement du prévenu s'impose s'il n'a toujours pas été jugé¹³⁸⁵. En tout cas, l'ordonnance du magistrat instructeur constitue un acte de juridiction, renfermant une appréciation sur la nécessité de maintenir la privation de liberté. Le choix opéré tranche une contestation et fait grief au prévenu. Cet acte se révèle de surcroît coercitif, en ce sens qu'il prolonge l'atteinte à la liberté de l'individu. Celui-ci reçoit notification de la décision et peut la frapper d'appel¹³⁸⁶.

237. Durant son incarcération à la maison d'arrêt, la personne placée en détention provisoire a généralement le droit de recevoir des visites¹³⁸⁷. Mais le juge d'instruction lui interdit parfois cette communication. Résurgence de l'ancienne mise au secret¹³⁸⁸, la mesure est adoptée pour une période de dix jours et peut être renouvelée une seule fois pour la même durée. L'article 145-4, alinéa 1, *in fine* du C.P.P. précise qu'elle ne s'applique jamais à l'avocat du mis en examen. Le troisième alinéa du texte dispose qu'au bout d'un mois de détention provisoire, le juge doit rendre une décision écrite et spécialement motivée au regard des nécessités de l'instruction, s'il refuse de délivrer un permis de visite à un membre de la famille de l'intéressé. Faisant grief au mis en examen détenu, l'ordonnance prescrivant l'interdiction de communiquer tranche un litige. Elle s'avère juridictionnelle¹³⁸⁹. Elle est même coercitive puisqu'elle porte atteinte au droit à la vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le demandeur du permis de visite reçoit notification de la décision et peut exercer un recours auprès du président de la chambre de l'instruction, qui statue dans les cinq jours par une décision écrite et motivée non

¹³⁸³ Art. 179, al. 4 du C.P.P. Il a été jugé que ce délai de deux mois court à compter du jour de l'ordonnance de maintien en détention, même si elle est frappée d'appel : Cass. crim., 18 août 2010, Bull. crim., n°125. Mais le tribunal correctionnel ne peut statuer sur une procédure qu'autant que l'ordonnance de renvoi le saisissant est devenue définitive : Cass. crim., 5 fév. 2014, Bull. crim., n°37 ; A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 306, obs. J.-B. PERRIER ; Rev. sc. crim., 2014, p. 386, obs. (approbatives) D. BOCCON-GIBOD (ordonnance de renvoi non définitive, un pourvoi en cassation ayant été formé). Le délai de comparution devant le tribunal correctionnel, prévu par le texte précité, commence à courir du jour où l'ordonnance de renvoi est devenue définitive : Cass. crim., 5 fév. 2014, Bull. crim., n°36 ; A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 306, obs. J.-B. PERRIER ; Rev. sc. crim., 2014, p. 386, obs. (approbatives) D. BOCCON-GIBOD. V. aussi, Cass. crim., 19 mars 2014, n°13-88586, E.C.P.B., confirmant sa jurisprudence et prononçant la cassation sans renvoi au motif que la chambre de l'instruction n'a pas à prolonger la détention provisoire. Celle-ci se poursuit sans qu'il soit besoin de la prolonger à l'expiration d'un certain délai tant que le contentieux du renvoi devant le tribunal correctionnel se poursuit devant la chambre de l'instruction ou la Cour de cassation. Il y a une évolution de la jurisprudence par rapport à Cass. crim., 18 août 2010, préc.

¹³⁸⁴ V. Cass. crim., 15 fév. 2005, Bull. crim., n°56.

¹³⁸⁵ Art. 179, al. 5 *in fine* du C.P.P. ; V. Cass. crim., 7 nov. 1989, Bull. crim., n°395.

¹³⁸⁶ Art. 186, al. 1 du C.P.P. Le parquet peut également interjeter appel de cet acte en vertu de son droit général d'appel.

¹³⁸⁷ Art. 145-4, al. 2 du C.P.P.

¹³⁸⁸ V. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, t. II, *op. cit.*, n°2220 et s., p. 511 et s. La mise au secret est un héritage de la procédure inquisitoriale. Elle a « un autre nom plus bénin, *défense de communiquer* ; mais le nom ne fait rien à l'affaire ».

¹³⁸⁹ Dans le même sens : J. PRADEL, *L'instruction préparatoire*, *op. cit.*, n°197, p. 213.

susceptible de recours. Ce magistrat délivre le permis sollicité s'il infirme l'ordonnance du juge d'instruction.

238. La loi pénitentiaire n°2009-1436 du 24 novembre 2009 a ajouté un article 145-4-1 dans le Code de procédure pénale¹³⁹⁰, instaurant un isolement judiciaire à côté de l'isolement administratif décidé par l'administration pénitentiaire. Le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention peut prescrire, par ordonnance motivée, que l'individu placé en détention provisoire soit soumis à l'isolement aux fins d'être séparé des autres détenus, si cette mesure s'avère indispensable aux nécessités de l'information, pour une durée qui ne peut pas excéder celle du mandat de dépôt et qui peut être renouvelée à chaque prolongation de la détention. Pouvant figurer dans l'ordonnance de placement en détention ou dans celle de prolongation de la mesure, cette décision motivée de placement à l'isolement judiciaire ou de prolongation de celui-ci peut encore faire l'objet d'une ordonnance distincte¹³⁹¹. Il s'agit d'un acte juridictionnel faisant grief à la personne concernée. L'article 145-4-1, alinéa 1, du C.P.P. prend soin de préciser *in fine* qu'une telle décision peut faire l'objet d'un recours devant le président de la chambre de l'instruction. Accorder ce recours à la personne détenue apparaît logique compte tenu du caractère coercitif de l'acte, même s'il est permis de douter de son effectivité¹³⁹². A la différence du refus d'octroi d'un permis de visite, le texte précité n'indique pas que la décision du président de la chambre de l'instruction est insusceptible de pourvoi. Il faut dès lors considérer que le pourvoi en cassation est admis¹³⁹³.

239. Au cours de l'information, le mis en examen détenu est susceptible de recouvrer la liberté à tout moment. Le juge des libertés et de la détention peut d'abord refuser de prolonger ou de renouveler la détention lorsque celle-ci atteint un délai butoir¹³⁹⁴. De telles décisions méritent d'être qualifiées de juridictionnelles¹³⁹⁵. Elles provoquent d'ordinaire un grief, mais au parquet cette fois. Elles ne participent pas, en revanche, de la notion d'acte coercitif, puisqu'elles conduisent à élargir l'individu. A partir de quand, précisément, celui-ci est-il mis en liberté ? En pratique, l'intéressé reste incarcéré jusqu'à échéance de l'ordonnance initiale et du titre de détention. On s'est alors demandé si le juge des libertés, saisi d'une demande de prolongation de la détention, a la possibilité de mettre en liberté avant

¹³⁹⁰ V. aussi, art. R. 57-5-1 à R. 57-5-8 du C.P.P., résultant du décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010. Dans son article 41, le décret n°2013-368 du 30 avril 2013, relatif aux règlements intérieurs types des établissements pénitentiaires, J.O. du 3 mai 2013, p. 7609, énonce que « la personne prévenue peut être placée à l'isolement par l'autorité judiciaire, dans les conditions prévues aux articles R. 57-5-1 à R. 57-5-8. Elle peut faire l'objet d'une mesure de séparation d'autres personnes détenues ordonnée par le magistrat saisi du dossier de la procédure ainsi que d'une interdiction temporaire de communiquer en application de l'article 145-4 ».

¹³⁹¹ Art. R. 57-5-4 du C.P.P.

¹³⁹² En ce sens, M. HERZOG-EVANS, *Loi pénitentiaire (...)*, *op. cit.*, p. 33, qui se fonde sur le modèle de l'octroi des permis de visite pour asseoir son propos.

¹³⁹³ *Ibid.*

¹³⁹⁴ Art. 145-1 et 145-2 du C.P.P.

¹³⁹⁵ V. F. JACQUOT, *L'instruction préparatoire (...)*, *op. cit.*, p. 438.

la date butoir¹³⁹⁶. Cette question en sous-tend une autre : celle de savoir si le ministère public peut exercer le référé-détention, créé par la loi du 9 septembre 2002 et introduit à l'article 148-1-1 du C.P.P.¹³⁹⁷, en cas de refus de prolongation de la détention décidé par le juge des libertés ou si ce recours suppose toujours une ordonnance de mise en liberté pour pouvoir s'appliquer¹³⁹⁸.

240. Dans un arrêt du 6 août 2003¹³⁹⁹, la chambre criminelle a considéré que la détention court jusqu'à l'expiration du délai prévu par l'article 145-2 du C.P.P. en l'absence d'ordonnance de mise en liberté. Saisi d'une demande de prolongation de l'incarcération, le juge peut opter pour la liberté, encore que rien ne l'y oblige¹⁴⁰⁰. Tranchant la controverse doctrinale relative à la délimitation du champ d'application du référé-détention suite à l'arrêt de 2003¹⁴⁰¹, la Cour de cassation l'a jugé applicable lorsque le juge des libertés « décide non seulement de ne pas ordonner la prolongation de la détention provisoire mais encore de mettre la personne concernée en liberté avant l'expiration du délai prévu par l'article 145-1 du même code »¹⁴⁰². C'est dire qu'elle a procédé à une interprétation extensive de l'article 148-1-1 du C.P.P. et qu'elle a étendu le domaine de ce référé *praeter legem*. Une telle lecture du texte apparaît contestable. Permettre au parquet d'exercer un recours suspensif susceptible d'aboutir au maintien en détention, dans un cas non prévu par la loi, témoigne d'une certaine hostilité vis-à-vis de l'élargissement de l'individu¹⁴⁰³...

241. Indépendamment de l'objet de l'information, qu'elle porte sur un crime ou un délit, l'article 147 du C.P.P. dispose que la détention peut s'achever par une décision de mise en liberté prise d'office par le juge d'instruction¹⁴⁰⁴. Assortie ou non du contrôle judiciaire, elle doit intervenir lorsque

¹³⁹⁶ V. C. GUERY, Le juge des libertés et de la détention : un juge qui cherche à mériter son nom..., D., 2004, chron., p. 583 et s.

¹³⁹⁷ J. BUISSON, Le référé-détention du procureur de la République issu de la loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 (C.P.P. art. 148-1-1 et 187-3 nouveaux), Procédures, 2002, chron. n°13. Selon ses promoteurs, il a été introduit dans le Code pour être le « pendant » du référé-liberté (art. 187-1 et s. du C.P.P.) et instaurer une certaine égalité des armes. Le référé-détention autorise le parquet à demander au premier président de la cour d'appel de déclarer suspensif son appel interjeté contre une ordonnance de mise en liberté rendue par le juge d'instruction ou le juge des libertés contrairement à ses réquisitions. Mais si le référé-détention saisit le premier président de la cour d'appel, le référé-liberté est, lui, examiné par le président de la chambre de l'instruction. Pourquoi ne pas avoir prévu que les deux recours seraient portés devant celui-ci, sachant que le premier président de la cour d'appel est en plus susceptible de déléguer cette fonction en vertu de l'art. 187-3 du C.P.P., bref que le président de la chambre de l'instruction peut être amené à connaître d'un référé-détention ?

¹³⁹⁸ L'article 148-1-1 du C.P.P. vise expressément une ordonnance de mise en liberté rendue par le juge des libertés et de la détention ou le juge d'instruction, contrairement aux réquisitions du parquet.

¹³⁹⁹ Cass. crim., 6 août 2003, D., 2003, jurisp., p. 2594, note J. LE CALVEZ ; A.J. pénal, 2003, jurisp., p. 72, obs. J.-C. COSTE. *Adde*, C. GUERY, Le juge des libertés (...), *op. cit.*, p. 583 et s.

¹⁴⁰⁰ Cass. crim., 7 juin 2006, Bull. crim., n°159.

¹⁴⁰¹ V. J. LE CALVEZ, note sous Cass. crim., 6 août 2003, préc. ; *Contra*, C. GUERY, *op. cit.*, note n°5, p. 584 et 585.

¹⁴⁰² Cass. crim., 20 juin 2006, Bull. crim., n°184 ; D., 2006, I.R., p. 2210.

¹⁴⁰³ Mais à défaut de référé-détention, la personne dont l'incarcération n'est pas prolongée et devant être libérée avant l'expiration des délais légaux, doit être mise immédiatement en liberté : V. Cass. crim., 8 oct. 2013, Bull. crim., n°188 ; A.J. pénal, 2013, jurisp., p. 681, obs. C. GIRAULT, reprochant à la chambre de l'instruction de ne pas avoir constaté que l'intéressé, en l'absence de référé-détention exercé par le parquet, était détenu sans droit ni titre depuis l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ayant ordonné sa mise en liberté immédiate sous contrôle judiciaire.

¹⁴⁰⁴ Art. 201, al. 2 du C.P.P., pour la mise en liberté d'office prononcée par la chambre de l'instruction. Cette faculté devient une obligation si la chambre de l'instruction constate que le mis en examen est détenu en vertu d'un titre nul ou inexistant : Cass. crim., 9 mai 2001, Bull. crim., n°111 ; Cass. crim., 5 sept. 2001, Bull. crim., n°173.

l'incarcération de l'individu ne paraît plus nécessaire ou excède une durée raisonnable au sens de l'article 144-1 du C.P.P.¹⁴⁰⁵. Elle est prise après avoir recueilli l'avis du procureur de la République¹⁴⁰⁶. Ce dernier peut aussi prendre, de sa propre initiative, des réquisitions aux fins d'élargissement. Il les adresse au magistrat instructeur. S'il n'y satisfait pas, le juge transmet dans les cinq jours le dossier de la procédure avec son avis motivé au juge des libertés et de la détention, lequel statue dans le délai de trois jours ouvrables¹⁴⁰⁷. L'ordonnance de mise en liberté rendue par le juge d'instruction, en dehors de toute demande du mis en examen, constitue un acte de juridiction¹⁴⁰⁸. Le juge considère que la détention ne se justifie plus. Il aurait pu estimer l'inverse, comme lorsqu'il décide de saisir par ordonnance motivée le juge des libertés et de la détention aux fins de maintien en détention provisoire de la personne mise en examen s'il apparaît, au cours de l'instruction, que la qualification criminelle ne peut être retenue¹⁴⁰⁹. Ce raisonnement reste applicable à l'ordonnance adoptée par le juge des libertés et de la détention. Peu importe le sens de sa décision, elle revêt la même nature juridique. Le parquet conserve le droit d'interjeter appel de ces actes en toute hypothèse. S'ils sont juridictionnels, ces actes ne sauraient être perçus comme coercitifs. Ils ne portent pas atteinte à la liberté individuelle. C'est précisément l'inverse lorsque la mise en liberté est ordonnée : ils mettent fin à une telle atteinte.

242. La plupart du temps, la réduction de la durée de la détention provisoire procède, en réalité, d'une demande de mise en liberté formulée par la personne détenue ou son avocat¹⁴¹⁰. Le juge d'instruction communique immédiatement le dossier au procureur de la République aux fins de réquisitions¹⁴¹¹. Cela se traduit par une ordonnance de soit-communicé, dépourvue de caractère juridictionnel¹⁴¹². Le magistrat instructeur peut faire droit à la requête et le détenu recouvre alors la

¹⁴⁰⁵ V. Cass. crim., 22 juill. 1997, Bull. crim., n°277 (n°1) ; D., 1998, somm., p. 171, obs. J. PRADEL.

¹⁴⁰⁶ Art. 147 du C.P.P.

¹⁴⁰⁷ Art. 147, al. 2 du C.P.P. A défaut, la personne peut saisir directement la chambre de l'instruction qui, sur les réquisitions écrites et motivées du procureur général, doit statuer dans les vingt jours de sa saisine à peine de mise en liberté d'office du mis en examen, sauf si des vérifications concernant sa demande ont été ordonnées.

¹⁴⁰⁸ Dans le même sens : B. BOULOC, *op. cit.*, n°153, p. 104 ; F. JACQUOT, *op. cit.*, p. 443.

¹⁴⁰⁹ Art. 146 du C.P.P. L'ordonnance rendue par le juge des libertés et de la détention, qui prescrit le maintien de l'incarcération, ne peut alors être frappée d'appel par le mis en examen, l'article 186 du C.P.P. ne mentionnant pas l'article 146. La Cour de cassation valide cette solution : Cass. crim., 21 juin 2011, Bull. crim., n°144 et Cass. crim., 21 juin 2011, Inédit, n°11-81827. Par décision du même jour, elle décide de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité ainsi soulevée : Cass. crim., 21 juin 2011, Inédit, n°11-81827. Le juge constitutionnel a déclaré l'article 146 du C.P.P. conforme à la Constitution : C.C., Q.P.C., 30 sept. 2011, n°2011-168, *M. Samir A.*, J.O. du 1^{er} oct. 2011, p. 16526 ; Procédures, 2011, comm. n°346, note J. BUISSON ; R.P.D.P., 2012, p. 708, obs. T.-S. RENOUX et X. MAGNON.

¹⁴¹⁰ La demande s'opère par déclaration au greffe de la juridiction d'instruction saisie du dossier (art. 148-6 du C.P.P.). Elle est constatée, datée et signée par le greffier. Le demandeur ou son avocat la signe également. Selon l'article 148-6, al. 3 du C.P.P., l'envoi d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception au greffe est autorisé seulement si la personne ou son avocat ne réside pas dans le ressort de la juridiction compétente. La demande de mise en liberté peut aussi être faite auprès du chef d'établissement pénitentiaire qui la fait suivre au greffier du magistrat instructeur (art. 148-7 du C.P.P.). Ce formalisme demeure substantiel et son irrespect est sanctionné par l'irrecevabilité de la demande : V. Cass. crim., 17 juin 1986, Bull. crim., n°210 ; Cass. crim., 16 fév. 1988, Bull. crim., n°74 ; Cass. crim., 23 mai 2001, Bull. crim., n°132 ; Cass. crim., 23 janv. 2013, Bull. crim., n°26 ; Rev. sc. crim., 2013, p. 395, obs. D. BOCCON-GIBOD.

¹⁴¹¹ Art. 148, al. 2 du C.P.P. La loi n'a pas fixé de délai précis pour la communication de la demande de mise en liberté. Elle doit être immédiate, « la loi ayant confié à la conscience du juge d'instruction le soin d'ordonner cette communication dans le plus bref délai » : Cass. crim., 25 mars 1985, Bull. crim., n°122.

¹⁴¹² Cass. crim., 21 déc. 1970, Bull. crim., n°346 ; Cass. crim., 17 mars 1987, Inédit, n°86-96811.

liberté¹⁴¹³. Si tel n'est pas le cas, il doit, dans les cinq jours suivant la communication au parquet, transmettre la demande avec son avis motivé au juge des libertés et de la détention¹⁴¹⁴. La transmission à ce magistrat prend la forme d'une ordonnance de saisine motivée, dont la motivation est comparable à celle des ordonnances tendant au placement ou à la prolongation de la détention provisoire. Cette ordonnance, qui prend la forme d'un acte juridictionnel, ne s'apparente cependant pas à un acte coercitif. Il n'est question que de transmettre la demande de mise en liberté au juge des libertés et de la détention, seul compétent pour éventuellement la rejeter.

243. Ce juge statue dans un délai de trois jours ouvrables¹⁴¹⁵. L'équilibre des droits des parties interdit qu'il puisse rejeter la demande de mise en liberté sans que le demandeur ou son avocat ait pu avoir communication de l'avis du juge d'instruction et des réquisitions du parquet¹⁴¹⁶. Mais aucune obligation n'impose au juge des libertés et de la détention d'attendre la transmission d'éventuelles observations de leur part¹⁴¹⁷. La liberté étant la règle au cours de l'information, la décision d'élargir le mis en examen n'a pas à constater l'absence des conditions de la détention¹⁴¹⁸. Elle peut être assortie du contrôle judiciaire. En revanche, l'ordonnance de rejet de la demande de mise en liberté comporte l'énoncé des considérations de droit et de fait qui la fondent par référence aux dispositions de l'article 144 du C.P.P.¹⁴¹⁹. Conformément à l'article 145-3 du C.P.P., elle doit de surcroît contenir les indications particulières justifiant en l'espèce la poursuite de l'information et le délai prévisible d'achèvement de la procédure, lorsque l'incarcération subie dépasse huit mois en matière délictuelle ou un an en matière criminelle¹⁴²⁰. Elle n'a pas à préciser les futures investigations du juge d'instruction si cela risque d'entraver leur accomplissement¹⁴²¹. Quel que soit le sens de la décision

¹⁴¹³ La mise en liberté peut être assortie de mesures de contrôle judiciaire (art. 148, al. 4 du C.P.P.).

¹⁴¹⁴ Art. 148, al. 3 du C.P.P.

¹⁴¹⁵ A défaut, la personne (ou le parquet) peut saisir directement la chambre de l'instruction qui, sur les réquisitions écrites et motivées du procureur général, dispose de vingt jours pour statuer à compter de sa saisine faute de quoi l'individu est mis d'office en liberté sauf si des vérifications subsistent sur la demande (art. 148, al. 5 du C.P.P.). Mais le retard apporté dans la notification d'une ordonnance du juge des libertés n'a pas pour effet de permettre au demandeur de saisir directement la chambre de l'instruction sur le fondement de ce texte, il permet seulement de différer d'autant le point de départ du délai d'appel : Cass. crim., 12 avril 2005, Bull. crim., n°124.

¹⁴¹⁶ C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, n°2010-62, *M. David M*, J.O. du 19 déc. 2010, p. 22372, cons. 7 ; D., 2011, act., p. 17 ; A.J. pénal, 2011, jurisp., p. 136, obs. J.-B. PERRIER ; Procédures, 2011, comm. n°72, obs. J. BUISSON.

¹⁴¹⁷ Cass. crim., 26 oct. 2011, Bull. crim., n°220. La réception d'éventuelles observations de la part du mis en examen détenu ou de son avocat n'est prévue ni par la loi ni par le juge constitutionnel.

¹⁴¹⁸ V. Cass. crim., 3 oct. 1990, Bull. crim., n°364 ; D., 1991, jurisp., p. 292, note D. MAYER ; Cass. crim., 17 oct. 1991, Bull. crim., n°355.

¹⁴¹⁹ Art. 148, al. 3 du C.P.P. ; V. Cass. crim., 22 juin 1971, Bull. crim., n°209 ; D., 1971, jurisp., p. 546, note J. PRADEL ; Cass. crim., 1^{er} fév. 1983, Bull. crim., n°43 ; Cass. crim., 10 fév. 1988, J.C.P., 1988, II, 21124, note W. JEANDIDIER ; Cass. crim., 7 août 1990, Bull. crim., n°296 ; D., 1991, somm. comm., p. 210, obs. J. PRADEL. Mais le juge ne doit pas viser l'article 145 du C.P.P. et se référer aux insuffisances du contrôle judiciaire : Cass. crim., 22 juill. 1997, Bull. crim., n°276 ; Cass. crim., 2 sept. 1997, Bull. crim., n°291 ; Dr. pénal, 1997, comm. n°161, note A. MARON et chron. n°26 par A. MARON.

¹⁴²⁰ Cass. crim., 10 mai 2001, Bull. crim., n°117 ; Dr. pénal, 2002, chron. n°18 par C. MARSAT. La règle est identique pour les décisions ordonnant la prolongation de la détention provisoire, car l'article 145-3 vise également cette hypothèse : Cass. crim., 21 juin 2005, Bull. crim., n°182 ; Cass. crim., 22 fév. 2011, Bull. crim., n°32. Il s'agit de la « surmotivation » comme on la dénomme en pratique.

¹⁴²¹ C'est-à-dire leur « efficacité » : P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, note n°2, p. 303.

prise, l'ordonnance qui statue sur une demande de mise en liberté demeure juridictionnelle¹⁴²². Elle peut générer un grief au parquet en cas de remise en liberté et, bien entendu, elle fait grief au mis en examen en cas de rejet de sa demande. La contestation tranchée, le ministère public a la faculté de relever appel de l'acte sur le fondement de l'article 185 du C.P.P. Le détenu provisoire détient également ce droit contre l'ordonnance qui rejette sa demande de mise en liberté¹⁴²³ ; mais il n'est pas recevable, à l'occasion de l'appel, à invoquer l'irrégularité de la décision initiale de mise en détention¹⁴²⁴. Aboutissant au maintien en détention, cet acte conforte l'atteinte causée à la liberté individuelle¹⁴²⁵. Aussi faut-il lui reconnaître un caractère coercitif.

244. A la différence de la détention provisoire, le contrôle judiciaire n'emporte pas l'incarcération de la personne mise en examen. Constitutif d'une mesure restrictive de liberté¹⁴²⁶, il appartient à la catégorie des actes coercitifs¹⁴²⁷. Il consiste à astreindre le mis en examen au respect de certaines obligations qui permettent de le surveiller, de l'assister¹⁴²⁸, ou de sauvegarder les intérêts de la victime. A l'image de la détention provisoire, il ne peut être prononcé qu'à raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté¹⁴²⁹. Institué par la loi du 17 juillet 1970, le contrôle judiciaire a eu pour objectif de mettre fin au dilemme auquel était confronté le juge d'instruction, choisir entre liberté totale et incarcération¹⁴³⁰. Traité pour l'essentiel aux articles 137-2, 138 à 143, 706-45 (personne morale) et R. 16 à R. 24-13 du C.P.P., il concerne autant les majeurs que les

¹⁴²² Cass. crim., 3 avril 1924, Bull. crim., n°153 ; B. BOULOC, *op. cit.*, n°150 et 151, p. 101 et 102 ; F. JACQUOT, *op. cit.*, p. 444.

¹⁴²³ Art. 186 du C.P.P. La chambre de l'instruction doit statuer sur le bien-fondé de la décision.

¹⁴²⁴ Cass. crim., 7 déc. 2004, Bull. crim., n°309 ; Cass. crim., 10 mai 2012, Bull. crim., n°113 ; Cass. crim., 2 oct. 2012, Bull. crim., n°202. Cette jurisprudence n'est pas sans rappeler celle de l'unique objet, selon laquelle l'intéressé ne peut pas, à l'occasion de son appel, faire juger des nullités de procédure, étrangères à l'unique objet de l'appel. V. par ex. : Cass. crim., 4 juin 1973, Bull. crim., n°254 ; Cass. crim., 28 nov. 1984, Bull. crim., n°373 ; J.C.P., 1985, IV, p. 49 ; Cass. crim., 21 août 1990, Bull. crim., n°304. La solution s'applique aussi à l'appel de l'ordonnance de placement en détention provisoire : Cass. crim., 8 déc. 1993, Bull. crim., n°380 ; Cass. crim., 7 août 2002, Dr. pénal, 2003, comm. n°13, note A. MARON et C. BARBEROT ; Cass. crim., 23 fév. 2011, Bull. crim., n°36 ; D., 2011, pan., p. 2236, obs. J. PRADEL.

¹⁴²⁵ L'ordonnance du juge des libertés et de la détention qui se prononce sur une demande d'élargissement est l'un des points cardinaux du contentieux de la détention provisoire. Elle est fréquente car, par faveur pour la personne détenue et la primauté de la liberté, le Code de procédure pénale n'a pas limité le nombre de requêtes susceptibles d'être formées en ce sens. Au cas de pluralité de demandes présentées dans un court délai, le juge d'instruction peut attendre qu'il ait été statué sur une précédente demande de mise en liberté ou sur l'appel d'une précédente ordonnance de refus de mise en liberté pour transmettre la nouvelle demande au juge des libertés et de la détention ; et celui-ci peut attendre que la chambre de l'instruction ait statué sur un précédent appel pour se prononcer. Les délais de trois et cinq jours ne commencent à courir qu'à compter de la décision rendue par la juridiction compétente (art. 148, al. 3 du C.P.P.).

¹⁴²⁶ Pour une affirmation expresse : Cass. crim., 22 janv. 2002, Bull. crim., n°7 ; Dr. pénal, 2002, comm. n°63, note A. MARON ; Procédures, 2002, comm. n°76, note J. BUISSON.

¹⁴²⁷ V. circulaire n°70-14 du 28 déc. 1970 (n°1), J.C.P., 1971, III, 37408 ; D., 1971, législ., p. 73 ; Cass. crim., 17 janv. 2001, Dr. pénal, 2001, chron. n°27 par C. MARSAT ; S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op. cit.*, n°2016.

¹⁴²⁸ V. C. CARDET, Le contrôle judiciaire socio-éducatif : 1970-1993, chronique d'une expérience qui dure..., Rev. sc. crim., 1994, p. 503 et s. ; C. CARDET, Quelle consécration pour le contrôle judiciaire socio-éducatif dans la loi du 15 juin 2000 ?, Rev. sc. crim., 2001, doct., p. 537 et s. ; C. CARDET, L'incontrôlable contrôle judiciaire « socio-éducatif » ?, D., 2002, chron., p. 1221 et s.

¹⁴²⁹ Art. 137, al. 2 du C.P.P.

¹⁴³⁰ R. MERLE, La liberté et la détention (...), *op. cit.*, p. 571. V. aussi, R. VOUIIN, La détention provisoire, D., 1970, chron., p. 191 et s., spéc. p. 194.

mineurs¹⁴³¹. Cet acte a été étendu récemment aux mineurs de moins de seize ans en cas d'infraction sexuelle ou de violences dont la peine encourue est supérieure ou égale à cinq ans d'emprisonnement¹⁴³². La loi du 15 juin 2000 n'a pas soustrait la mesure à la compétence du magistrat instructeur, bien que d'autres juridictions en disposent également¹⁴³³.

245. Aux termes de l'article 139 du C.P.P., la décision de placement sous contrôle judiciaire du mis en examen prend la forme d'une ordonnance rendue par ce magistrat. Elle peut intervenir à tout moment de l'information. Les réquisitions préalables du ministère public demeurent indispensables¹⁴³⁴. L'ordonnance doit de plus être motivée dans chaque espèce au regard des critères énoncés à l'article 137 du C.P.P.¹⁴³⁵. Elle est notifiée à la personne mise en examen, qui peut interjeter appel¹⁴³⁶. L'article 185 du C.P.P. permet au parquet de relever appel de l'acte¹⁴³⁷. De son côté, l'article 186, alinéa 2, du C.P.P. ferme cette voie de recours à la partie civile contre toute décision relative au contrôle judiciaire. Une telle ordonnance provoque un grief et tranche une contestation. Elle se révèle dès lors juridictionnelle. Contrairement au placement en détention, elle n'est pas précédée d'un débat contradictoire, sous réserve des dispositions de l'article 10-2, III, *in fine* de l'ordonnance du 2 février 1945 pour les mineurs âgés de moins de seize ans¹⁴³⁸. Hormis cette exception, le législateur n'a pas

¹⁴³¹ Art. 8 et 10-2 de l'ordonnance du 2 février 1945, J.O. du 4 fév. 1945, p. 430. En vertu de cette mesure, un mineur peut être placé dans un centre éducatif fermé ou dans un établissement permettant la mise en œuvre de programmes à caractère éducatif et civique.

¹⁴³² Art. 10-2, III, 3° de l'ordonnance du 2 février 1945, ajouté par la loi n°2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, J.O. du 11 août 2011, p. 13744 ; A.-S. CHAVENT-LECLERE, Commentaire de la loi n°2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, Procédures, 2011, Etude n°11, spéc. n°21.

¹⁴³³ Le juge des libertés et de la détention, le juge des enfants, la chambre de l'instruction ou une juridiction de jugement.

¹⁴³⁴ Cass. crim., 22 janv. 2002, préc. : « L'inobservation de cette formalité prescrite par l'article 137-2 du Code de procédure pénale entraîne la nullité de l'ordonnance de placement sous contrôle judiciaire ».

¹⁴³⁵ V. Cass. crim., 8 août 1995, D., 1996, somm. comm., p. 261, obs. J. PRADEL ; J.-P. DINTILHAC, Le contrôle de la Cour de cassation sur les obligations du contrôle judiciaire, R.P.D.P., 1995, p. 249 et s., spéc. p. 252 à 255 ; Cass. crim., 13 fév. 2002, Bull. crim., n°28 ; Dr. pénal, 2002, chron. n°30 par C. MARSAT. Avant l'arrêt de 1995, la Cour de cassation censurait, certes, les contradictions de motifs flagrantes (Cass. crim., 21 oct. 1971, Bull. crim., n°281 ; J.C.P., 1972, II, 16996, note N. S.). Mais elle exigeait la motivation uniquement lorsque le contrôle judiciaire avait vocation à interdire au mis en examen d'exercer certaines activités professionnelles ou sociales, conformément à l'article 138, al. 2, 12° du C.P.P. (V. Cass. crim., 19 fév. 1985, Bull. crim., n°77). Les auteurs affirmaient que le contrôle judiciaire était décidé par ordonnance non motivée : F. CASORLA, Les mesures restrictives de liberté en droit français, *in* Les atteintes à la liberté avant jugement en droit pénal comparé, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, n°11, Cujas, 1992, J. PRADEL (dir.), p. 319 et s., spéc. p. 321. Depuis 1995, une motivation globale de la mesure suffit à la valider. Il n'est pas exigé des juges du fond qu'ils motivent chacune des modalités du contrôle judiciaire. Est toujours imposée une motivation spécifique de l'obligation prévue à l'article 138, al. 2, 12° du C.P.P. : V. Cass. crim., 26 juill. 2000, Bull. crim., n°260. Cette modalité du contrôle judiciaire a d'ailleurs été jugée compatible avec le principe constitutionnel de la liberté du travail et les dispositions des articles 6, 8 et 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme : Cass. crim., 25 juill. 1995, Bull. crim., n°259.

¹⁴³⁶ Art. 186, al. 1 du C.P.P., modifié par l'article 44 de la loi du 4 janvier 1993, J.C.P., 1993, III, 65891. V. Cass. crim., 27 oct. 1993, Bull. crim., n°318 ; Cass. crim., 3 déc. 1997, Bull. crim., n°409 ; Cass. crim., 19 mars 2002, Bull. crim., n°64. Avant la réforme de 1993, l'appel de l'intéressé n'est pas admis contre l'ordonnance de mise sous contrôle judiciaire ou celle modifiant les obligations de ce contrôle : V. Cass. crim., 26 juill. 1972, Bull. crim., n°259 ; D., 1972, jurisp., p. 751, note P. CHAMBON.

¹⁴³⁷ V. Cass. crim., 19 sept. 1990, Bull. crim., n°319 ; Cass. crim., 3 oct. 2006, Bull. crim., n°241.

¹⁴³⁸ Le texte dispose que « le juge des enfants, le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention statue sur le placement sous contrôle judiciaire en audience de cabinet, après un débat contradictoire au cours duquel ce magistrat entend le ministère public qui développe ses réquisitions prises conformément à l'article 137-2 du Code de procédure pénale, puis les observations du mineur ainsi que celles de son avocat ».

jugé utile d'instaurer la contradiction¹⁴³⁹. Les obligations du contrôle judiciaire heurtent pourtant les libertés individuelles : c'est un acte coercitif¹⁴⁴⁰. Le bien-fondé des modalités de la mesure relève de l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁴⁴¹. L'article 138, alinéa 2, du C.P.P. énumère une longue liste d'obligations de faire ou de ne pas faire. Si le juge peut en imposer plusieurs, le respect du principe de la légalité lui interdit de créer une modalité non prévue par ce texte¹⁴⁴².

246. A tout moment, le juge peut substituer certaines obligations par d'autres, en imposer de nouvelles, supprimer tout ou partie de celles prescrites et même accorder une dispense occasionnelle ou temporaire d'observer certaines d'entre elles¹⁴⁴³. L'ordonnance ainsi adoptée traduit la souplesse de la mesure. Elle renforce ou allège la coercition exercée sur le mis en examen en fonction de l'évolution de sa situation personnelle, sociale et familiale. Elle est rendue soit d'office, soit à la demande de l'individu¹⁴⁴⁴, soit sur réquisitions du ministère public et n'a pas à être motivée. Bien entendu, le juge d'instruction peut opposer un refus à la demande de modification du contrôle judiciaire, sa décision constituant un acte juridictionnel vu qu'elle tranche un litige et fait grief au mis en examen. Un appel peut donc être interjeté à son encontre¹⁴⁴⁵.

247. Le magistrat instructeur a aussi la faculté d'ordonner à tout moment la mainlevée du contrôle judiciaire en vertu de l'article 140 du C.P.P. Celle-ci est décidée d'office ou suite aux réquisitions du procureur de la République, ou encore à la demande de la personne¹⁴⁴⁶ après avis du parquet. Distincte de la modification, la mainlevée consiste à supprimer tout ou partie des obligations prévues à l'origine par l'ordonnance de placement. Lorsque la personne mise en examen sollicite la mainlevée totale ou partielle de la mesure¹⁴⁴⁷, le juge d'instruction statue dans un délai de cinq jours¹⁴⁴⁸. Son ordonnance

¹⁴³⁹ Pour un regard critique : A. DORSNER-DOLIVET, *op. cit.*, dénonçant cette lacune du droit positif, notamment par rapport au droit à un procès équitable prévu par l'article 6 §1.

¹⁴⁴⁰ La coercition inhérente à l'application du contrôle judiciaire ne saurait toutefois porter atteinte à la liberté d'opinion du mis en examen, à ses convictions religieuses ou politiques, ni faire échec aux droits de la défense : art. R. 17 du C.P.P.

¹⁴⁴¹ Cass. crim., 25 juill. 1995, Bull. crim., n°259, préc. ; Cass. crim., 16 fév. 2000, Bull. crim., n°71.

¹⁴⁴² Ces obligations sont, à titre d'exemple, ne pas sortir des limites territoriales déterminées par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention, se soumettre à des soins, à un traitement, voire à une hospitalisation aux fins de désintoxication (art. 138, 10° du C.P.P., modifié par la loi n°2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines, J.O. du 28 mars 2012, p. 5592. Ce texte prévoit désormais qu'« une copie de l'ordonnance de placement sous contrôle judiciaire est adressée par le juge d'instruction au médecin ou au psychologue qui doit suivre la personne mise en examen. Les rapports des expertises réalisées pendant l'enquête ou l'instruction sont adressés au médecin ou au psychologue, à leur demande ou à l'initiative du juge d'instruction. Celui-ci peut également leur adresser toute pièce utile du dossier »), fournir un cautionnement, etc.

¹⁴⁴³ Art. 139, al. 2 du C.P.P. En revanche, il ne peut pas décider par avance la substitution d'une obligation à une autre au cas où l'intéressé ne s'y conformerait pas : Cass. crim., 11 mars 1986, Bull. crim., n°99.

¹⁴⁴⁴ Art. 148-6 du C.P.P.

¹⁴⁴⁵ Art. 185 du C.P.P., pour le parquet ; Art. 186, al. 1 du C.P.P., pour le mis en examen. Ce texte énumère l'article 139 sans opérer de discrimination entre l'ordonnance de placement initial et l'ordonnance modificative. V. Cass. crim., 27 oct. 1993, Bull. crim., n°318, préc. ; Cass. crim., 4 mai 1994, Dr. pénal, 1995, chron. n°5 par V. LESCLOUS et C. MARSAT. *Adde*, G. ROUJOU DE BOUBÉE, obs. sur Cass. crim., 28 avril 1981, D., 1983, I.R., p. 75.

¹⁴⁴⁶ Ou de son avocat : Cass. crim., 6 mars 1979, Bull. crim., n°97.

¹⁴⁴⁷ La demande doit respecter les formes prescrites à l'article 148-6 du C.P.P.

¹⁴⁴⁸ Art. 140, al. 2 du C.P.P. ; V. Cass. crim., 20 juin 2002, Bull. crim., n°142 ; J.C.P., 2002, IV, 2409 ; Dr. pénal, 2002, comm. n°141, note A. MARON. Le délai de cinq jours imparti au juge d'instruction pour statuer sur une demande de

doit être motivée¹⁴⁴⁹. C'est une décision juridictionnelle, car elle tranche une contestation¹⁴⁵⁰. Portée à la connaissance du mis en examen et du parquet, du moins lorsque le juge n'a pas suivi ses réquisitions¹⁴⁵¹, elle s'avère susceptible d'appel de la part de l'un comme de l'autre¹⁴⁵². L'ordonnance de refus de mainlevée totale ou partielle du contrôle judiciaire apparaît coercitive. Optant pour le maintien des obligations imposées à la personne poursuivie, son prononcé lui occasionne un grief incontestable. L'acte conforte en effet l'atteinte portée aux libertés individuelles.

248. Même si sa requête est rejetée, le mis en examen n'a guère intérêt à se dérober à ses obligations. La violation volontaire du contrôle judiciaire¹⁴⁵³ autorise l'emploi d'une coercition accrue à son égard¹⁴⁵⁴. Le juge d'instruction peut décerner un mandat d'arrêt ou d'amener¹⁴⁵⁵. Il est également compétent pour saisir le juge des libertés et de la détention aux fins de placement en détention provisoire. Ce dernier a seul le pouvoir de révoquer le contrôle judiciaire. Il peut délivrer un mandat de dépôt quelle que soit la peine d'emprisonnement encourue par l'intéressé et à la seule condition de respecter les dispositions de l'article 141-3 du C.P.P.¹⁴⁵⁶. La conversion du contrôle judiciaire en détention provisoire s'analyse en une sanction procédurale¹⁴⁵⁷. Mais cette sanction n'est pas automatique. Le juge d'instruction et le juge des libertés disposent d'un pouvoir d'appréciation. Après tout, le magistrat instructeur peut préférer maintenir le contrôle judiciaire et en renforcer les obligations. La conversion ordonnée par le juge des libertés et de la détention constitue un acte de juridiction. Il porte une appréciation sur le bien-fondé d'une incarcération et s'il opte pour celle-ci, la délivrance du mandat de dépôt provoque un grief grave au mis en examen¹⁴⁵⁸. Cette décision se montre

mainlevée du contrôle judiciaire court à compter de la date de réception de celle-ci. En l'absence de réponse du juge dans ce délai, le mis en examen peut saisir directement la chambre de l'instruction de sa demande, qui se prononce dans les vingt jours de sa saisine. A défaut, la mainlevée de la mesure est acquise de plein droit, sauf si des vérifications au sujet de cette demande ont été prescrites. Voilà pourquoi il convient de bien distinguer la demande de modification de celle de mainlevée.

¹⁴⁴⁹ Art. 140, al. 2 du C.P.P. Le juge de cassation exerce un contrôle assez rigoureux de la motivation et censure les décisions peu motivées : V. Cass. crim., 16 janv. 1975, Bull. crim., n°21 ; J.C.P., 1976, II, 18266, note P. CHAMBON ; Cass. crim., 13 oct. 1998, Dr. pénal. 1999, chron. n°17 par C. MARSAT.

¹⁴⁵⁰ V. aussi, J. PRADEL, *op. cit.*, n°197, p. 213.

¹⁴⁵¹ Art. 183, al. 5 du C.P.P.

¹⁴⁵² Art. 185 du C.P.P. (parquet) ; Art. 186, al. 1 du C.P.P. (personne poursuivie).

¹⁴⁵³ Qui s'entend de la mauvaise volonté de l'intéressé ou bien de sa volonté délibérée de se soustraire à ses obligations. Cela exclut la force majeure et la situation dans laquelle il n'est pas possible de relever cette volonté délibérée : V. CA Basse-Terre (ch. acc.), 29 juin 1974, J.C.P., 1975, II, 18199, note P. CHAMBON.

¹⁴⁵⁴ En cas de violation du contrôle judiciaire par une personne morale, il n'est cependant pas question de coercition, mais de répression. Une infraction est constituée et la personne morale encourt les peines prévues aux articles 434-43 et 434-47 du C.P.P. : art. 706-45 *in fine* du C.P.P.

¹⁴⁵⁵ Art. 141-2, al. 1 du C.P.P.

¹⁴⁵⁶ V. E. BONIS-GARÇON, La détention provisoire pour manquement au contrôle judiciaire, J.C.P., 2002, I, 159, spéc. n°16 et 20. Afin d'éviter des abus, l'article 141-3 du C.P.P. précise les durées maximales de la détention consécutive à la violation du contrôle judiciaire, alors que l'intéressé a déjà subi une détention provisoire pour les mêmes faits. Toutefois, la Cour de cassation affirme que pour le calcul de la période de quatre mois (en matière correctionnelle) ou d'un an (en matière criminelle) à l'issue de laquelle le juge des libertés et de la détention peut ordonner la prolongation de la détention, il n'y a pas lieu de tenir compte des périodes de détention accomplies antérieurement à la révocation du contrôle judiciaire : Cass. crim., 2 déc. 2003, Bull. crim., n°229 ; Cass. crim., 22 mars 2011, Bull. crim., n°57. Pour les mineurs, V. art. 11-1 et 11-2 de l'ordonnance du 2 février 1945, le second texte intéressant le mineur âgé de treize à seize ans en matière correctionnelle.

¹⁴⁵⁷ E. BONIS-GARÇON, *op. cit.*, n°4 et 28.

¹⁴⁵⁸ Lequel n'a pas la possibilité d'interjeter appel. Il semble que le mandat ne soit pas accompagné d'une ordonnance de placement en détention. Au reste, l'article 186 du C.P.P. ne fait nullement référence à la décision rendue sur le fondement de

coercitive : elle entame de façon plus intense la liberté individuelle. Or, la Cour de cassation a grandement simplifié la mise en œuvre de la conversion. Elle l'a facilitée au cas où le juge des libertés aurait quelques réticences à la prononcer. Ainsi ne nécessite-t-elle aucune motivation au regard des exigences de l'article 144 du C.P.P.¹⁴⁵⁹. Elle est justifiée dès l'instant où les juges relèvent l'existence d'un manquement aux obligations du contrôle judiciaire. Pareille jurisprudence encourt la critique, le législateur n'ayant pas établi de discrimination entre la décision de placement en détention intervenant *ab initio* et celle prise après inexécution des obligations du contrôle judiciaire.

249. Le contrôle judiciaire ne connaît pas de prolongations et renouvellements comparables à la détention provisoire. Sauf mainlevée ou révocation anticipée, il perdure jusqu'au règlement de l'information. L'ordonnance de clôture y met fin, qu'elle prononce le renvoi devant le tribunal correctionnel, le tribunal de police ou la juridiction de proximité. La personne connaît un sort différent lorsque le juge d'instruction rend une ordonnance de mise en accusation. Le contrôle judiciaire continue à produire ses effets dans cette situation¹⁴⁶⁰. En cas de renvoi du mis en examen devant la juridiction correctionnelle¹⁴⁶¹, ce magistrat peut toutefois maintenir la mesure en vertu de l'article 179, alinéa 3, du C.P.P.¹⁴⁶². Une règle identique prévaut pour le maintien du prévenu sous assignation à résidence avec surveillance électronique. Comme en matière de détention, il doit prendre à cette fin une ordonnance distincte spécialement motivée par les éléments de l'espèce¹⁴⁶³. Elle forme une décision juridictionnelle dont le ministère public et le prévenu conservent le droit d'interjeter appel¹⁴⁶⁴. Exécutoire nonobstant toutes voies de recours¹⁴⁶⁵, cette ordonnance est coercitive. Elle maintient les obligations imposées au titre du contrôle judiciaire, alors que celles-ci devaient s'éteindre avec le règlement de l'instruction. Passé ce stade procédural, si la personne se soustrait à ses obligations, le procureur de la République peut saisir le juge des libertés et de la détention afin qu'il délivre un mandat d'arrêt ou d'amener à son encontre ou qu'il ordonne sa mise en détention provisoire¹⁴⁶⁶.

l'article 141-2 du C.P.P. Cette solution est très discutable, la chambre criminelle ayant déjà admis l'appel contre un mandat de dépôt (Cass. crim., 1^{er} mars 1994, préc.).

¹⁴⁵⁹ Cass. crim., 13 oct. 1998, Bull. crim., n°258 ; Cass. crim., 25 nov. 2003, Bull. crim., n°220, préc.

¹⁴⁶⁰ Art. 181, al. 5 du C.P.P. Il en va de même pour l'assignation à résidence avec surveillance électronique.

¹⁴⁶¹ Cette faculté appartient aussi à la chambre de l'instruction, qui détient les mêmes attributions que le juge d'instruction sur le fondement de l'article 213, al. 2 du C.P.P. Son arrêt doit être spécialement motivé. En revanche, le juge des libertés et de la détention ne semble posséder aucune compétence pour décider le maintien sous contrôle judiciaire d'après la lettre de l'article 179, al. 3 du C.P.P.

¹⁴⁶² On sait que le conseil de l'Ordre a seul le pouvoir de prononcer une mesure d'interdiction provisoire de l'exercice de la profession d'un avocat placé sous contrôle judiciaire et d'y mettre fin : Cass. crim., 15 mai 2002, Bull. crim., n°113. La Cour de cassation n'en a pas moins jugé que le juge d'instruction tient des dispositions de l'article 179 du C.P.P. le pouvoir de maintenir la mesure de contrôle judiciaire comportant une telle interdiction : Cass. crim., 21 janv. 2004, Bull. crim., n°16.

¹⁴⁶³ V. Cass. crim., 9 mai 1977, Bull. crim., n°161.

¹⁴⁶⁴ Art. 185 du C.P.P. (parquet) ; Art. 186, al. 1 du C.P.P. (prévenu ; art. 179, al. 3 du C.P.P. visé expressément).

¹⁴⁶⁵ V. Cass. crim., 8 juill. 2004, Bull. crim., n°179.

¹⁴⁶⁶ Art. 141-2, al. 2 du C.P.P., réservant le cas prévu à l'article 272-1 du C.P.P. qui règle la situation en matière criminelle.

250. Enfin, la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire a introduit l'assignation à résidence avec surveillance électronique dans le Code de procédure pénale¹⁴⁶⁷, mesure intermédiaire entre le contrôle judiciaire et la détention provisoire¹⁴⁶⁸. Alternative à la détention provisoire d'après les dispositions de l'article 142-12 du C.P.P.¹⁴⁶⁹, cet acte oblige la personne à demeurer à son domicile ou dans une résidence fixée par le juge des libertés et de la détention et de ne s'en absenter qu'aux conditions et pour les motifs déterminés par ce magistrat¹⁴⁷⁰. La mesure peut concerner un mineur, mais seulement âgé de seize à dix-huit ans¹⁴⁷¹, ayant commis une infraction dont la peine encourue est d'au moins deux ans et ne jamais prendre la forme d'un placement mobile¹⁴⁷². Exécutée selon le procédé prévu par l'article 723-8 du C.P.P. (placement sous surveillance électronique « fixe » ou « local ») ou celui aménagé par l'article 763-12 de ce code (placement sous surveillance électronique mobile)¹⁴⁷³, l'assignation à résidence avec surveillance électronique suppose une demande du mis en examen ou son accord¹⁴⁷⁴.

251. Elle peut être prononcée par le juge d'instruction ou par le juge des libertés et de la détention si la peine d'emprisonnement correctionnel encourue est d'au moins deux ans ou s'il s'agit d'une peine plus grave. Après avoir fait vérifier la faisabilité technique de l'acte, celui-ci est décidé par l'un de ces magistrats¹⁴⁷⁵ au moyen d'une ordonnance motivée, rendue après un débat contradictoire conformément à l'article 145 du C.P.P.¹⁴⁷⁶. Il peut également être prescrit sans débat contradictoire par ordonnance statuant sur une demande de mise en liberté. Génératrice d'un grief, cette décision tranche une contestation. Elle peut être frappée d'appel¹⁴⁷⁷. De ce point de vue, elle mérite la qualification d'acte juridictionnel. Elle mérite en plus celle d'acte coercitif. Bien que l'individu donne son accord à la mesure, voire la propose, il ne dispose en réalité d'aucun choix. Son seul but est d'échapper à la

¹⁴⁶⁷ Art. 137, 142-5 à 142-13 du C.P.P. ; Art. D. 32-3 et s. du C.P.P., issus du décret n°2010-355 du 1^{er} avril 2010, J.O. du 3 avril 2010, p. 6498 ; J.C.P., 2010, act., 415 ; D., 2010, p. 896, obs. S. LAVRIC.

¹⁴⁶⁸ V. J.-P. CERE, La loi du 24 nov. 2009 : aspects de procédure pénale et de droit pénitentiaire, Dr. pénal, 2010, Etude n°2, rappelant qu'il s'agit d'une « réinvention ». « Le placement sous surveillance électronique fixe avait été envisagé par la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 au titre de la détention provisoire puis supprimé en 2002, avant même sa généralisation ».

¹⁴⁶⁹ L'acte est d'ailleurs assimilé à une détention provisoire pour l'imputation intégrale de sa durée sur celle d'une peine privative de liberté, conformément à l'article 716-4 : art. 142-11 du C.P.P.

¹⁴⁷⁰ Art. 142-5, al. 2 du C.P.P.

¹⁴⁷¹ C.C., 4 août 2011, n°2011-635 DC, *Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs*, J.O. du 11 août 2011, p. 13763, cons. 38, sur la censure les dispositions permettant l'application de la mesure aux mineurs de treize à seize ans.

¹⁴⁷² Art. 10-3 de l'ordonnance du 2 février 1945, ajoutant qu'en cas d'assignation à résidence avec surveillance électronique au domicile des représentants légaux du mineur, leur accord écrit doit être recueilli, au préalable, par le magistrat compétent pour ordonner la mesure. V. A.-S. CHAVENT-LECLERE, Commentaire de la loi n°2011-939 (...), *op. cit.*, n°21.

¹⁴⁷³ Ces dispositifs renvoient à ce que la loi prévoit en matière d'application des peines. Le premier procédé permet de détecter à distance la présence ou l'absence du condamné dans le lieu désigné par le magistrat pour chaque période fixée. Le second permet, lui, de déterminer à distance, à tout moment, la localisation de la personne concernée sur l'ensemble du territoire national. Dans les deux hypothèses, la personne doit porter un bracelet électronique intégrant un émetteur. V. F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2830.

¹⁴⁷⁴ Art. 142-5, al. 1 du C.P.P.

¹⁴⁷⁵ Le juge d'instruction peut, du reste, prolonger l'assignation à résidence avec surveillance électronique du mis en examen ordonnée par le juge des libertés et de la détention : Cass. crim., 3 oct. 2012, Bull. crim., n°211.

¹⁴⁷⁶ Art. 142-6, al. 1 et 3 du C.P.P.

¹⁴⁷⁷ Art. 185 du C.P.P. (parquet) ; Art. 186, al. 1 du C.P.P. (mis en examen, le texte vise l'article 142-6).

détention provisoire. Au moment de la clôture de l'information, des actes juridictionnels se trouvent encore adoptés.

γ) Lors du règlement de l'information

252. Capitale pour la suite de l'affaire, la clôture de l'instruction ne doit pas trop tarder depuis la loi du 15 juin 2000, car la durée de l'instruction ne saurait excéder un délai raisonnable au regard des critères énoncés à l'article 175-2 du C.P.P.¹⁴⁷⁸. Le ministère public a toujours eu la possibilité de formuler une demande de règlement par voie de réquisitions. Le souci de respecter le principe de l'égalité des armes a conduit à conférer ce droit à la personne mise en examen, à la partie civile, et même au témoin assisté, après que certains délais se sont écoulés¹⁴⁷⁹. Ils peuvent ainsi provoquer la clôture de l'information et demander au juge d'instruction qu'il prononce le renvoi, une mise en accusation, un non-lieu, au besoin en opérant une disjonction. Celui-ci doit décider de régler la procédure ou de la poursuivre dans le mois qui suit la réception de la demande¹⁴⁸⁰. Son ordonnance motivée de continuation de l'instruction possède la nature juridictionnelle¹⁴⁸¹. L'acte tranche une contestation et fait grief. Un recours est prévu devant le président de la chambre de l'instruction¹⁴⁸². Toutefois, cette ordonnance n'a rien d'un acte coercitif.

253. Si les parties et le témoin assisté peuvent solliciter la fin de l'information, c'est toujours le magistrat instructeur qui apprécie souverainement le moment où elle s'achève¹⁴⁸³. Son droit de la régler devient un devoir lorsqu'il estime les investigations terminées et la procédure complète¹⁴⁸⁴. Signe de son indépendance, il a la faculté de la clore malgré l'appel formé contre l'une de ses ordonnances¹⁴⁸⁵. Il transmet le dossier au procureur de la République par le biais d'une ordonnance de soit-communicé¹⁴⁸⁶. Le parquet dispose alors d'un délai d'un mois si le mis en examen est détenu ou, à défaut, de trois mois pour adresser ses réquisitions motivées au juge d'instruction. Les parties et leurs avocats sont avisés en même temps soit verbalement avec émargement au dossier, soit par lettre

¹⁴⁷⁸ Avant la loi du 15 juin 2000, V. J.-F. FLAUSS, Le délai raisonnable au sens de l'article 5-3 et 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence française, R.T.D.H., 1991, n°5 (n° spécial « le délai raisonnable »), p. 49 et s.

¹⁴⁷⁹ V. art. 175-1 du C.P.P.

¹⁴⁸⁰ Art. 175-1, al. 2 du C.P.P.

¹⁴⁸¹ Tout comme l'ordonnance de continuation de l'instruction rendue sur le fondement de l'article 175-2, al. 2 du C.P.P., malgré l'analyse de la chambre criminelle qui ne voit en cette dernière qu'une simple mesure d'administration judiciaire.

¹⁴⁸² Art. 207-1 du C.P.P. Pour davantage de précisions, P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n°390.

¹⁴⁸³ Cass. crim., 25 sept. 1824, Bull. crim., n°126 ; Cass. crim., 13 nov. 1996, Bull. crim., n°404.

¹⁴⁸⁴ Cass. crim., 29 avril 1960, Bull. crim., n°223 ; Cass. crim., 23 nov. 1965, Bull. crim., n°246.

¹⁴⁸⁵ V. par ex., Cass. crim., 23 nov. 1965, préc.

¹⁴⁸⁶ Que la Cour de cassation qualifie, de manière contestable, de mesure d'administration judiciaire. Elle n'a donc pas à être notifiée aux parties et à leurs avocats et n'est pas susceptible de recours. En réalité, cette ordonnance constitue une décision préparatoire, qui a un caractère juridictionnel comme on l'a déjà mentionné.

recommandée¹⁴⁸⁷. Elles bénéficient du même délai d'un ou trois mois à compter de l'avis de fin d'information pour adresser des observations écrites au juge d'instruction. Elles peuvent formuler des demandes d'actes¹⁴⁸⁸ et présenter des requêtes en nullité¹⁴⁸⁹ dans ce même délai. Une fois celui-ci expiré, il y a forclusion. Un délai de dix jours si la personne est détenue ou d'un mois dans les autres cas s'ouvre à l'issue du délai d'un ou trois mois pour adresser au magistrat instructeur des réquisitions ou observations complémentaires au vu des observations ou des réquisitions communiquées aux parties et au parquet¹⁴⁹⁰. A l'expiration de ce nouveau délai, le juge peut rendre son ordonnance de clôture.

254. Les ordonnances de règlement obéissent au formalisme décrit à l'article 184 du C.P.P. Elles indiquent la qualification légale du fait imputé à la personne mise en examen et, « de façon précise, les motifs pour lesquels il existe ou non contre elle des charges suffisantes »¹⁴⁹¹. Cette motivation se fonde sur les réquisitions du parquet et les observations des parties adressées au juge d'instruction, en précisant les éléments à charge et à décharge concernant chacune des personnes mises en examen¹⁴⁹². Elle n'apparaît pas indispensable lorsque le juge des enfants agit par voie d'enquête officieuse et décide du renvoi du mineur devant le tribunal pour enfants à raison d'un délit¹⁴⁹³. On a longtemps recensé deux sortes d'ordonnances de règlement : de non-lieu à poursuivre ou de continuation des poursuites, c'est-à-dire de renvoi devant la juridiction de jugement ou de mise en accusation. Depuis la

¹⁴⁸⁷ Art. 175, al. 1 du C.P.P. Si la personne est détenue, cet avis peut aussi être notifié par les soins du chef de l'établissement pénitentiaire. Les parties reçoivent une copie des réquisitions du procureur de la République par lettre recommandée et le parquet reçoit copie des observations adressées par les parties au juge d'instruction (art. 175, al. 2 du C.P.P.). Il a été jugé que le défaut d'avis de fin d'information n'entache pas de nullité l'ordonnance de clôture, mais les parties sont recevables à soulever des nullités devant la juridiction de jugement, qui peut les apprécier : Cass. crim., 30 mars 2004, Bull. crim., n°80 ; D., 2005, pan., p. 689, obs. J. PRADEL. Dans une espèce où l'ordonnance de renvoi a été prononcée avant l'expiration du délai dont disposent les parties pour présenter des observations écrites, il a été jugé que cette ordonnance n'ayant pas été rendue conformément aux dispositions de l'article 184 du C.P.P., le parquet a qualité pour saisir à nouveau le juge d'instruction aux fins de régularisation de la procédure : Cass. crim., 29 sept. 2010, Bull. crim., n°145. Rapp., Cass. crim., Cass. crim., 1^{er} oct. 2013, Bull. crim., n°184.

¹⁴⁸⁸ Un examen médical ou psychologique (art. 81, al. 9 du C.P.P.), une audition de témoin, un transport sur les lieux (art. 82-1 du C.P.P.), une expertise (art. 156, al. 1 du C.P.P.)...

¹⁴⁸⁹ Sur le fondement de l'article 173, al. 3 du C.P.P. La loi du 9 mars 2004 l'a permis au témoin assisté.

¹⁴⁹⁰ Art. 175, al. 5 du C.P.P. Les parties auxquelles des réquisitions ont été communiquées ne peuvent présenter que des observations complémentaires, à l'exclusion des demandes énumérées par l'alinéa 4 de cet article 175 et des demandes tendant à constater la prescription de l'action publique : Cass. crim., 27 avril 2011, Bull. crim., n°74.

¹⁴⁹¹ V. aussi, art. 176 du C.P.P. ; Cass. crim., 25 juin 2013, Bull. crim., n°156, rappelant que « les juridictions d'instruction apprécient souverainement si les faits retenus à la charge de la personne mise en examen sont constitutifs d'une infraction, la Cour de cassation n'ayant d'autre pouvoir que de vérifier si, à supposer ces faits établis, la qualification justifie la saisine de la juridiction de jugement ».

¹⁴⁹² La formulation de l'article 184 du C.P.P., dans sa rédaction issue de la loi du 5 mars 2007, ne permet plus au juge d'instruction de se référer au seul réquisitoire définitif du parquet en reprenant complètement sa motivation. Cette pratique était auparavant fréquente et acceptée : V. par ex., Cass. crim., 28 oct. 1986, D., 1987, somm., p. 83, obs. J. PRADEL ; Cass. crim., 11 oct. 1989, Bull. crim., n°356 ; Cass. crim., 26 janv. 2000, Bull. crim., n°41 ; Cass. crim., 13 oct. 2004, Bull. crim., n°243.

¹⁴⁹³ V. Cass. crim., 14 mai 2013, Bull. crim., n°104 ; A.J. pénal, 2013, jurispr., p. 548, obs. J.-B. PERRIER. Mais comme le souligne ce commentateur, « si les exigences formelles de l'article 184 (du C.P.P.) sont écartées, l'exigence substantielle du respect des droits de la défense et du contradictoire, garantie par ce formalisme en matière d'instruction, doit être respectée lorsque le juge des enfants procède par voie officieuse ».

loi du 25 février 2008¹⁴⁹⁴, une troisième sorte de décision est venue s'ajouter aux deux autres. Il s'agit de la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, une variante de non-lieu présentant de fortes spécificités¹⁴⁹⁵. Peu importe leur contenu¹⁴⁹⁶, les ordonnances de règlement sont notifiées dans les délais les plus brefs à la personne mise en examen, au témoin assisté et à la partie civile¹⁴⁹⁷, ainsi qu'à leurs avocats. Elles renferment toutes une véritable décision sur la suite de la procédure et entraînent le dessaisissement du juge. Ce sont des actes de juridiction¹⁴⁹⁸, mais non coercitifs. Elles n'attendent pas à la liberté individuelle.

255. Le magistrat instructeur prend d'abord une ordonnance de non-lieu lorsqu'il estime que les faits ne constituent ni crime, ni délit, ni contravention, ou si l'auteur est resté inconnu, ou s'il n'existe pas de charges suffisantes contre la personne mise en examen¹⁴⁹⁹. Cette décision juridictionnelle peut être aussi motivée par l'existence de l'une des causes d'irresponsabilité pénale prévue par les articles 122-2, 122-3, 122-4, 122-5 et 122-7 du Code pénal ou par le décès de la personne mise en examen et précise alors s'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés¹⁵⁰⁰. En vertu de l'article 177, alinéa 3, du C.P.P., la personne mise en examen, placée en détention provisoire, recouvre la liberté et le contrôle judiciaire prend fin avec l'ordonnance de non-lieu puisqu'elle arrête l'action publique¹⁵⁰¹. Cet acte ne revêt donc pas une nature coercitive. Contrairement au mis en examen, le ministère public et la partie civile peuvent frapper d'appel le non-lieu¹⁵⁰². Si l'appel entraîne la remise en question du sort de l'action publique devant la chambre de l'instruction¹⁵⁰³, il n'a aucune incidence sur la liberté du mis en examen. Dans la même ordonnance, le juge d'instruction peut refuser la restitution d'un objet placé sous main de justice, lorsque l'objet

¹⁴⁹⁴ Loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, J.O. du 26 fév. 2008, p. 3266 ; J. PRADEL, Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux, D., 2008, chron., p. 1000 et s. ; J. BUISSON, La déclaration d'irresponsabilité (...), *op. cit.*

¹⁴⁹⁵ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°1953 et n°1976-1 à 1976-10.

¹⁴⁹⁶ Une décision de règlement peut être mixte (non-lieu ou déclaration d'irresponsabilité pour trouble mental pour certaines personnes ou certains faits, renvoi ou mise en accusation pour d'autres).

¹⁴⁹⁷ Art. 183, al. 1 du C.P.P. ; Pour l'ordonnance de non-lieu : art. 183, al. 2 du C.P.P., prévoyant sa notification à la partie civile par renvoi à l'article 186, al. 2 du C.P.P. ; P. BOUTELLER, La notification des ordonnances de non-lieu ou les insuffisances de l'article 183 du Code de procédure pénale, J.C.P., 1981, I, 3033.

¹⁴⁹⁸ Dans le même sens : B. BOULOC, *op. cit.*, n°231 et s., p. 155 et s. ; J. PRADEL, *op. cit.*, n°197, p. 214 ; F. DEFFERRARD, Le juge d'instruction retrouvé, D., 2006, point de vue, p. 1908. La jurisprudence l'a précisée (au sujet de l'ordonnance de renvoi, la solution étant identique pour les autres ordonnances) : Cass. crim., 3 mai 1983, Bull. crim., n°127.

¹⁴⁹⁹ Art. 177, al. 1 du C.P.P. Le non-lieu peut être partiel ou total.

¹⁵⁰⁰ Art. 177, al. 2 du C.P.P. Il s'agit de consacrer une culpabilité factuelle du mis en examen en faveur des victimes : V. S. DETRAZ, L'innocence à l'épreuve de la décision de non-lieu, R.P.D.P., 2005, p. 179 et s., not. n°9, p. 183.

¹⁵⁰¹ Pour le rappel de ce principe : Cass. crim., 27 mars 2008, Bull. crim., n°81 ; Cass. crim., 24 avril 2013, Bull. crim., n°99 ; A.J. pénal, 2013, jurisp., p. 546, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE. Le maintien d'une personne sous contrôle judiciaire n'est pas possible si ce dernier a « légalement » pris fin.

¹⁵⁰² V. respectivement, art. 185 et 186, al. 2 du C.P.P. ; Cass. crim., 19 sept. 2006, Bull. crim., n°227, où il est rappelé que la constitution de partie civile peut avoir lieu à tout moment au cours de l'instruction. Dès que la volonté formelle et non équivoque de se constituer partie civile est apparue, la chambre de l'instruction ne peut donc pas prononcer l'irrecevabilité de l'appel de l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction.

¹⁵⁰³ Cass. crim., 17 sept. 2003, Bull. crim., n°167 ; D., 2003, I.R., p. 2603 ; J.C.P., 2003, IV, 2884.

présente un danger pour les personnes ou les biens, telle une arme¹⁵⁰⁴. Pareil refus présente en revanche un caractère coercitif.

256. La décision de non-lieu permet à son bénéficiaire d'obtenir réparation et même condamnation de la partie civile. De plus, celui-ci peut demander au juge d'instruction la publication de la décision de non-lieu ou l'insertion d'un communiqué dans un ou plusieurs journaux, écrits périodiques ou services de communication au public par voie électronique¹⁵⁰⁵. Si le magistrat n'en a pas pris lui-même l'initiative avec l'accord de la personne et qu'il se révèle hostile à cette demande, il doit rendre une ordonnance motivée dont appel peut être interjeté devant la chambre de l'instruction¹⁵⁰⁶. Faisant grief à la personne concernée et tranchant une contestation, l'acte possède un caractère juridictionnel. Il n'a cependant rien d'un acte coercitif. Aux termes de l'article 177-2 du C.P.P., le juge d'instruction détient enfin le pouvoir de condamner la partie civile, sur réquisitions du parquet, à une amende civile de 15 000 euros maximum, lorsque sa constitution de partie civile par voie initiale se révèle abusive ou dilatoire¹⁵⁰⁷. Il s'agit d'une décision juridictionnelle, susceptible d'appel de la part de la partie civile en cas de condamnation et du ministère public si le juge d'instruction ne suit pas les réquisitions du parquet¹⁵⁰⁸. Ce pouvoir participe de la répression pénale, non de la coercition.

257. Lorsqu'il estime que les charges réunies le justifient, le juge d'instruction décide au contraire de renvoyer la personne mise en examen devant la juridiction de jugement. En présence d'une contravention, il rend une ordonnance de renvoi devant le tribunal de police ou la juridiction de proximité¹⁵⁰⁹. Si les faits caractérisent un délit, il prononce le renvoi devant le tribunal correctionnel¹⁵¹⁰ en précisant que le prévenu bénéficie, le cas échéant, des dispositions de l'article 132-78 du C.P.¹⁵¹¹. Pour les mineurs, le juge rend une ordonnance de renvoi devant le juge des enfants, le tribunal pour enfants ou le tribunal correctionnel pour mineurs selon les distinctions établies à l'article 9, alinéa 2, 3° de l'ordonnance du 2 février 1945. L'ordonnance de renvoi devant la juridiction désignée ne dispense pas celle-ci de vérifier sa compétence¹⁵¹². Dès qu'elle est devenue définitive, cette décision couvre les vices de la procédure antérieure¹⁵¹³. Saisie sur renvoi du juge d'instruction ou

¹⁵⁰⁴ Art. 177, al. 4 du C.P.P., renvoyant aux dispositions de l'article 99 du C.P.P.

¹⁵⁰⁵ Art. 177-1, al. 1 du C.P.P.

¹⁵⁰⁶ Art. 177-1, al. 3 du C.P.P.

¹⁵⁰⁷ V. Cass. crim., 27 fév. 2002, Bull. crim., n°47 ; Dr. pénal, 2002, comm. n°88, note A. MARON.

¹⁵⁰⁸ Art. 177-2, al. 3 et 4 du C.P.P.

¹⁵⁰⁹ Art. 178 du C.P.P. Pour les mineurs, art. 9, al. 2, 2° de l'ordonnance du 2 fév. 1945 : le juge d'instruction renvoie le mineur devant le tribunal de police ou, s'il s'agit d'une contravention de 5^{ème} classe, devant le juge des enfants ou le tribunal pour enfants.

¹⁵¹⁰ Art. 179 du C.P.P.

¹⁵¹¹ Cet article prévoit des cas d'exemption et de diminution de peine (les repentis).

¹⁵¹² Elle n'est pas attributive, mais juste indicative de compétence : V. Cass. crim., 22 janv. 1881, D., 1881, I, p. 288 ; Cass. crim., 4 janv. 2006, Bull. crim., n°8.

¹⁵¹³ Art. 178, al. 2 du C.P.P. et art. 179, al. 6 du C.P.P. ; Cass. crim., 11 fév. 2004, Bull. crim., n°39 ; Cass. crim., 19 oct. 2004, Bull. crim., n°246 ; Cass. crim., 16 janv. 2013, Bull. crim., n°17 ; Cass. crim., 16 janv. 2013, Bull. crim., n°18. Une exception subsiste à ce principe : la méconnaissance des prescriptions de l'article 50 de la loi du 29 juill. 1881 sur la presse :

de la chambre de l'instruction, la juridiction correctionnelle (ou de police) ne peut donc apprécier les nullités de l'information¹⁵¹⁴. Parce qu'elle tranche un litige et cause un grief indéniable au prévenu, à savoir le franchissement d'une étape procédurale supplémentaire, l'ordonnance de renvoi s'analyse comme un acte juridictionnel. Mais elle ne constitue pas un acte coercitif : elle met fin à la détention provisoire, à l'assignation à résidence avec surveillance électronique ou au contrôle judiciaire.

258. Le prévenu n'a pas la possibilité de relever appel de l'ordonnance de renvoi¹⁵¹⁵. Au regard des principes juridiques, l'irrecevabilité de son appel s'explique mal. Elle semble seulement justifiée par la volonté d'éviter les recours dilatoires¹⁵¹⁶. La partie civile ne possède pas non plus ce droit¹⁵¹⁷. Exempt de ce genre de soupçons, le ministère public peut relever appel de l'acte¹⁵¹⁸. Une exception à l'irrecevabilité de l'appel du mis en examen et de la partie civile a néanmoins été admise, lorsque l'ordonnance de renvoi présente un caractère complexe. Dans cette hypothèse, le juge d'instruction a rendu une ordonnance de renvoi sans avoir répondu, alors qu'il y était tenu, à certaines demandes qui lui ont été soumises par les parties privées pendant l'instruction. L'ordonnance signifie le rejet implicite de la demande présentée et comme l'appel est d'ordinaire recevable en cas de rejet exprès de la requête d'une partie, il doit donc le rester contre l'ordonnance de renvoi alors complexe¹⁵¹⁹. Cela étant, la Cour de cassation a affaibli cette notion depuis quelques années¹⁵²⁰, alors qu'elle avait

V. TGI Paris, 30 avril 1998, Dr. pénal, 1998, chron. n°19 par V. LESCLIOUS et C. MARSAT ; D., 1999, somm., p. 161, obs. C. BIGOT ; Cass. crim., 24 sept. 2002, Bull. crim., n°174 ; D., 2003, somm., p. 1732, obs. J. PRADEL.

¹⁵¹⁴ Art. 385, al. 1 du C.P.P. La règle s'applique à toutes les nullités, mêmes substantielles, touchant à l'ordre public : Cass. crim., 7 juin 2000, D., 2001, somm., p. 518, obs. J. PRADEL ; Cass. crim., 26 mai 2010, Bull. crim., n°95. Elle est instituée afin d'éviter que les débats ne soient détournés de leur finalité première. Elle passe sous silence la question de la compétence du tribunal pour annuler l'ordonnance de renvoi viciée. Sur ce point, G. MATHIEU, La purge des nullités par l'ordonnance de renvoi : étude d'un problème particulier, D., 2000, point de vue, p. V ; C. GUERY, Le tribunal correctionnel et les nullités de l'instruction, Dr. pénal, 2004, Etude n°6, spéc. n°27. La jurisprudence se montre hostile à l'annulation de l'ordonnance de renvoi pour ce motif : V. Cass. crim., 5 mars 2003, Bull. crim., n°60 ; Cass. crim., 31 mai 2006, Inédit, n°05-82109.

¹⁵¹⁵ L'article 186 du C.P.P., qui énumère de façon exhaustive les cas d'appel, ne mentionne pas l'article 179, al. 1 du C.P.P. Quant à la jurisprudence, elle n'a pas ouvert ce recours : V. Cass. crim., 12 janv. 1971, Bull. crim., n°8 ; Cass. crim., 17 juin 1975, J.C.P., 1978, II, 18772, note W. JEANDIDIER ; Cass. crim., 30 nov. 1999, D., 2000, I.R., p. 56 ; Cass. crim., 26 nov. 2003, A.J. pénal, 2004, p. 72, obs. C. G. Pour le renvoi devant le tribunal de police, V. Cass. crim., 27 oct. 1992, Bull. crim., n°342. Pour le renvoi devant le tribunal pour enfants : Cass. crim., 4 juin 2003, Bull. crim., n°116 ; Procédures, 2003, comm. n°200, note J. BUISSON.

¹⁵¹⁶ V. déjà, R. VOUIIN, Le Code de procédure pénale, J.C.P., 1959, I, 1477. Pour d'autres arguments : L. HUGUENEY, Les droits de la défense devant le juge d'instruction, Rev. sc. crim., 1952, p. 195 et s., spéc. p. 201.

¹⁵¹⁷ V. Cass. crim., 1^{er} déc. 1964, Bull. crim., n°318, préc. ; Cass. crim., 15 fév. 1983, Bull. crim., n°54, préc.

¹⁵¹⁸ Art. 185 du C.P.P. ; V. Cass. crim., 24 nov. 1999, D., 2000, I.R., p. 56. On pourrait penser qu'il y a ici une rupture de « l'égalité des armes ». Mais la jurisprudence interne rappelle que le mis en examen conserve ses moyens de défense intacts devant la juridiction de jugement, nonobstant l'ordonnance de renvoi. De plus, la Cour européenne s'en tient à une analyse *in globo* du procès équitable et n'exige pas d'égalité absolue entre les droits des parties. V. CEDH, 27 oct. 1993, *Dombo Beheer BV / Pays-Bas*, n°14448/88.

¹⁵¹⁹ Sur l'appel du mis en examen : Cass. crim., 2 mai 1967, Bull. crim., n°143 ; Rev. sc. crim., 1968, chron., p. 93, obs. J. ROBERT ; Cass. crim., 4 nov. 1999, Bull. crim., n°243 ; Cass. crim., 4 janv. 2005, Bull. crim., n°4 (ordonnance ayant omis de statuer sur une requête aux fins d'amnistie) ; Cass. crim., 16 fév. 2005, Bull. crim., n°66 ; Procédures, 2005, comm. n°165, note J. BUISSON ; Cass. crim., 2 mars 2011, Bull. crim., n°44 ; Cass. crim., 1^{er} oct. 2013, Bull. crim., n°183 ; A.J. pénal, 2013, jurisp., p. 683, obs. L. BELFANTI ; Dr. pénal, 2013, comm. n°162, note A. MARON et M. HAAS (ordonnance de renvoi ayant omis de statuer sur une demande visant à contester la recevabilité de la constitution d'une partie civile). Sur l'appel de la partie civile : Cass. crim., 23 déc. 1969, Bull. crim., n°362 ; Cass. crim., 13 juin 1995, Bull. crim., n°215 ; Procédures, 1995, comm. n°305, note J. BUISSON ; Cass. crim., 6 déc. 2005, Bull. crim., n°316.

¹⁵²⁰ V. Cass. crim., 26 nov. 2003, Bull. crim., n°225 ; Cass. crim., 25 avril 2006, Bull. crim., n°109. L'ordonnance n'est pas complexe lorsque les parties privées avaient la faculté de saisir directement le président de la chambre de l'instruction en cas

préalablement refusé d'appliquer sa fameuse théorie de l'unique objet à l'appel d'une ordonnance complexe¹⁵²¹. Depuis la loi du 9 mars 2004, l'appel des parties privées se révèle enfin admis contre l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel si elles estiment que les faits renvoyés constituent en réalité un crime qui aurait dû faire l'objet d'une ordonnance de mise en accusation devant la cour d'assises¹⁵²². A peine d'irrecevabilité, la déclaration d'appel a dû énoncer avec clarté que le recours se fonde sur la disqualification des faits¹⁵²³. Cette exigence a été abandonnée sous la pression européenne¹⁵²⁴, mais la déclaration d'appel doit être au moins motivée afin d'explicitier le recours exercé¹⁵²⁵. L'ordonnance complexe revêt une nature juridictionnelle. Ne portant pas atteinte aux libertés individuelles, elle ne saurait être toutefois qualifiée d'acte coercitif.

259. Le règlement de l'information aboutit au renvoi des personnes mises en examen devant la cour d'assises si les faits reprochés sont de nature criminelle. L'article 181 du C.P.P. prévoit que le juge d'instruction rend une ordonnance de mise en accusation devant cette juridiction¹⁵²⁶. Il peut aussi la saisir des infractions connexes. En instaurant un recours contre les arrêts de la cour d'assises et en supprimant le double degré d'instruction obligatoire pour les crimes¹⁵²⁷, la loi du 15 juin 2000 a modifié le système. L'ordonnance de mise en accusation se substitue à l'ordonnance de transmission des pièces au procureur général, par laquelle ce magistrat saisissait la chambre d'accusation pour qu'elle instruisse et rende éventuellement l'arrêt de mise en accusation. Elle constitue un acte de juridiction dont le mis en examen doit recevoir signification¹⁵²⁸. Elle est susceptible d'appel de sa part ainsi que du parquet¹⁵²⁹. Ce droit est en revanche refusé à la partie civile¹⁵³⁰. Une telle décision contient, à peine de nullité, l'exposé et la qualification légale des faits, objet de l'accusation. Elle précise encore l'identité de l'accusé et, s'il y a lieu, qu'il bénéficie des dispositions sur les repentis.

de silence du magistrat instructeur (pendant un mois) sur l'une de leur demande. Par exemple, les demandes d'actes, d'expertises ou celles tendant à faire constater la prescription de l'action publique sont concernées par cette règle.

¹⁵²¹ V. Cass. crim., 6 avril 1993, Bull. crim., n°146 ; Cass. Ass. plén., 24 mai 1996, D., 1996, jurispr., p. 345, note J. PRADEL ; Cass. crim., 4 nov. 1999, Bull. crim., n°243, préc.

¹⁵²² Art. 186-3 du C.P.P. En d'autres termes, si la décision de renvoi du magistrat instructeur a correctionnalisé des faits de nature criminelle et que l'une des parties exprime son désaccord avec cette qualification. Ce droit d'appel tend à légaliser la correctionnalisation judiciaire. L'appel est également recevable si les faits sont renvoyés devant le tribunal pour enfants : Cass. crim., 20 nov. 2013, Bull. crim., n°235 ; R.P.D.P., 2014, chron., p. 174, obs. M.-C. GUERIN.

¹⁵²³ Cass. crim., 15 mars 2006, D., 2006, I.R., p. 1247.

¹⁵²⁴ Cass. crim., 10 déc. 2008, Bull. crim., n°252 ; Cass. crim., 4 juin 2014, n°14-80544, E.C.P.B. ; J.C.P., 2014, 789, note (approbative) E. GALLARDO ; Procédures, 2014, comm. n°248, note A.-S. CHAVENT-LECLERE. V. CEDH, 15 déc. 2011, *Poirot / France*, n°29938/07, §39 à 47, condamnant la France.

¹⁵²⁵ Cass. crim., 23 fév. 2011, Bull. crim., n°38 ; A.J. pénal, 2011, jurispr., p. 368, obs. J.-B. PERRIER. *Adde*, Cass. crim., 4 juin 2014, n°14-80544, préc.

¹⁵²⁶ La décision est attributive de juridiction, la cour d'assises ayant plénitude de juridiction : Cass. crim., 19 juill. 1816, Bull. crim., n°43 ; Cass. crim., 28 janv. 1981, Bull. crim., n°41.

¹⁵²⁷ Dont l'intérêt était contesté au motif qu'il s'apparentait davantage à un contrôle formel plutôt que substantiel. Pour une vision très critique de la réforme : W. JEANDIDIER, Requiem pour la chambre d'accusation, J.C.P., 2000, I, 270. Sur l'appel, H. ANGEVIN, Mort d'un dogme. A propos de l'instauration, par la loi du 15 juin 2000, d'un second degré de juridiction en matière criminelle, J.C.P., 2000, I, 260 ; H. TEMIME, L'appel des arrêts d'assises, Rev. sc. crim., 2001, p. 83 et s.

¹⁵²⁸ V. Cass. crim., 6 mars 2002, Bull. crim., n°58.

¹⁵²⁹ V. respectivement, art. 186, al. 1 et art. 185 du C.P.P.

¹⁵³⁰ V. Cass. crim., 26 nov. 2003, Bull. crim., n°225, préc. ; Cass. crim., 6 avril 2004, Bull. crim., n°87.

Devenue définitive, elle purge la procédure de ses vices éventuels. L'ordonnance de mise en accusation s'apparente à un acte coercitif.

260. Certes, les personnes renvoyées pour délit connexe sont affranchies des actes coercitifs dont elles ont pu faire l'objet, sauf si la détention provisoire, l'assignation à résidence avec surveillance électronique ou le contrôle judiciaire est maintenu en application de l'article 179, alinéa 3, du C.P.P.¹⁵³¹. Mais l'accusé demeure soumis au contrôle judiciaire ou à l'assignation à résidence avec surveillance électronique, ces mesures continuant à produire leurs effets selon la lettre de l'article 181, alinéa 5, du C.P.P. En cela, l'ordonnance de mise en accusation comporte déjà un aspect coercitif. De plus, elle ordonnait auparavant prise de corps contre l'accusé et les personnes renvoyées pour délits connexes¹⁵³². La prise de corps constituait un titre de détention¹⁵³³. Conséquence légale de la mise en accusation, elle n'avait pas pour support une ordonnance du juge statuant sur la détention et ne pouvait donc être frappée d'appel¹⁵³⁴. Elle conservait sa force exécutoire jusqu'à ce que la chambre de l'instruction statue sur l'appel de l'ordonnance de mise en accusation dans le délai de quatre mois énoncé à l'article 186-2 du C.P.P.¹⁵³⁵. Une fois définitive, la prise de corps était immédiatement exécutoire et se substituait au mandat d'arrêt délivré par la juridiction d'instruction contre l'individu lors de l'information, lorsque l'accusé était renvoyé devant la cour d'assises¹⁵³⁶. La loi du 9 mars 2004 a supprimé cette mesure coercitive¹⁵³⁷ ; la spécificité du titre de détention a disparu en matière criminelle¹⁵³⁸. Le législateur a préféré que le mandat de dépôt, décerné par le juge des libertés et de la détention contre l'accusé qui se trouve incarcéré au moment où le juge d'instruction rend sa décision de mise en accusation, continue à produire ses effets¹⁵³⁹. Le mandat d'arrêt délivré contre l'individu en fuite conserve aussi sa force exécutoire¹⁵⁴⁰. L'ordonnance de mise en accusation apparaît comme un acte coercitif sous cet éclairage.

¹⁵³¹ Art. 181, al. 6 du C.P.P. Le délai prévu par l'article 179, al. 4 du C.P.P. est alors porté à six mois.

¹⁵³² Ancien article 181, al. 7 du C.P.P. La prise de corps ne pouvait pas être décernée postérieurement à l'ordonnance de mise en accusation.

¹⁵³³ V. art. 208 et 209 de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 : les ordonnances de prise de corps décernées avant l'entrée en vigueur des dispositions de l'article 100 « valent mandat de dépôt » ou « mandat d'arrêt ». Or, les mandats d'arrêt et de dépôt sont des titres de détention. *Adde*, Cass. crim., 21 juill. 2005, Bull. crim., n°207, pour une détention fondée, de manière erronée, sur la mise à exécution d'une ordonnance de prise de corps.

¹⁵³⁴ Cass. crim., 21 août 2002, Bull. crim., n°154 ; D., 2003, somm., p. 34, obs. J. PRADEL. Déjà en ce sens : Cass. crim., 1^{er} déc. 1966, Bull. crim., n°275 ; D., 1967, jurisp., p. 23, rapp. J.-L. COSTA.

¹⁵³⁵ Cass. crim., 19 sept. 2001, Bull. crim., n°186. *Adde*, Cass. crim., 20 mars 2002, Bull. crim., n°68.

¹⁵³⁶ Cass. crim., 11 juill. 2001, Bull. crim., n°166.

¹⁵³⁷ L'ordonnance de prise de corps présentait bien un caractère coercitif dès qu'elle était mise à exécution. V. Cass. crim., 28 mars 2001, Bull. crim., n°82.

¹⁵³⁸ Sur les modifications apportées au droit applicable aux mineurs (abrogation de l'article 9 *in fine* de l'ordonnance du 2 février 1945) : P. BONFILS, Les dispositions relatives aux mineurs de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II, J.C.P., 2004, I, 140.

¹⁵³⁹ V. Cass. crim., 11 sept. 2013, Bull. crim., n°179 ; Cass. crim., 8 oct. 2013, Bull. crim., n°189 ; A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 43, obs. (approbatives) J.-B. PERRIER, validant le maintien du mandat de dépôt en délimitant la portée du règlement des juges, qui n'intéresse que la difficulté liée à la compétence. Et même si l'ordonnance de mise en accusation est annulée par la chambre de l'instruction, le mandat de dépôt criminel reprend ses effets jusqu'au prononcé de la mise en accusation par la juridiction du second degré : Cass. crim., 16 fév. 2005, Bull. crim., n°65.

¹⁵⁴⁰ Art. 181, al. 7 du C.P.P. Aucun titre de détention ne se substitue donc désormais au mandat de dépôt ou au mandat d'arrêt. V. Cass. crim., 9 juill. 2014, n°14-82838, E.C.P.B.

261. Il existe, de ce point de vue, une différence significative avec les règles applicables à la détention provisoire au cas de renvoi devant le tribunal correctionnel¹⁵⁴¹. L'uniformité a été conservée au sujet des mandats d'amener ou de recherche. Comme en matière correctionnelle, ils deviennent caducs s'ils ont été décernés. Le juge d'instruction garde, là encore, le droit de délivrer un mandat d'arrêt à l'encontre de l'accusé¹⁵⁴². Celui-ci reste en principe détenu jusqu'à son jugement par la cour d'assises. L'appel de l'ordonnance de mise en accusation n'a pas pour effet d'élargir l'accusé, sauf si la chambre de l'instruction ne statue pas dans les quatre mois¹⁵⁴³, ou bien si elle en décide autrement lorsqu'elle rend l'arrêt de mise en accusation. C'est le titre de détention adopté par le juge des libertés et de la détention qui fonde l'incarcération. La personne renvoyée devant la cour d'assises recouvre la liberté si elle n'a pas comparu devant cette juridiction à l'issue d'un délai d'un an à compter soit de la date à laquelle la décision de mise en accusation est devenue définitive si elle était détenue¹⁵⁴⁴, soit de la date à laquelle elle a été ultérieurement placée en détention provisoire. Si l'audience sur le fond ne peut toutefois débiter avant l'expiration de ce délai, la chambre de l'instruction peut ordonner la prolongation de la détention provisoire pour une durée de six mois. Un seul renouvellement de cette prolongation est permis dans les mêmes formes. L'accusé qui n'aurait pas comparu devant la cour d'assises au bout de deux années, doit être immédiatement remis en liberté. Les principaux actes juridictionnels, dont certains se révèlent coercitifs, viennent d'être étudiés pour le premier degré de l'instruction préparatoire. Ceux rendus au second degré méritent désormais un examen.

b) Au second degré

262. Juridiction compétente au second degré de l'information, la chambre de l'instruction adopte de très nombreuses décisions juridictionnelles. Il n'est pas question de prétendre à l'exhaustivité en ce domaine, mais simplement de repérer, parmi ces décisions, celles qui sont coercitives. La chambre de l'instruction a fait l'objet de réformes et d'innovations importantes lors de l'adoption du Code de procédure pénale de 1958. La procédure suivie devant cette juridiction est devenue contradictoire¹⁵⁴⁵. Elle a aussi bénéficié d'un pouvoir disciplinaire à l'égard des fonctionnaires de la police judiciaire.

¹⁵⁴¹ Puisque s'agissant d'un délit, le juge d'instruction doit prendre une ordonnance distincte spécialement motivée pour maintenir le prévenu en détention jusqu'au jugement (art. 179, al. 3 du C.P.P.).

¹⁵⁴² Art. 181, al. 7 *in fine* du C.P.P. En matière correctionnelle : art. 179, al. 2 *in fine* du C.P.P.

¹⁵⁴³ Art. 186-2 du C.P.P.

¹⁵⁴⁴ Art. 181, al. 8 du C.P.P. ; V. Cass. crim., 22 nov. 2005, Bull. crim., n°303 ; D., 2006, I.R., p. 51.

¹⁵⁴⁵ V. G. LEVASSEUR, Vers une procédure d'instruction contradictoire, Rev. sc. crim., 1959, p. 297 et s., spéc. n°2 et 3, p. 298 et 299, n°23 et s., p. 309 et s. ; A. BESSON, L'origine, l'esprit et la portée du Code de procédure pénale, Rev. sc. crim., 1959, p. 271 et s., spéc. p. 282 ; R. VOUIIN, Le Code (...), *op. cit.*, (III) ; M. GAGNE, La chambre d'accusation, Recueil d'études à la mémoire de M. PATIN, Cujas, 1965, p. 525 et s., spéc. p. 535. Avant 1958, les pouvoirs et le mode de fonctionnement de la chambre d'accusation avaient été critiqués par certains, alors que d'autres défendaient fermement cette juridiction : V. R. VOUIIN, Prière pour la chambre des mises en accusation, J.C.P., 1955, I, 1221, préconisant une ouverture plus générale du droit d'appel ; P. MIMIN, Pitié pour la chambre d'accusation, J.C.P., 1956, I, 1324, pour le désaccord ; R. VOUIIN, Justice pour la chambre d'accusation, J.C.P., 1956, I, 1327.

Son président a encore été investi de pouvoirs propres¹⁵⁴⁶. Mais comme par le passé, les pouvoirs de cette juridiction possèdent une double nature. Elle exerce à la fois une fonction d'instruction et une fonction de juridiction.

263. S'agissant des actes d'instruction¹⁵⁴⁷, la chambre de l'instruction peut compléter le travail du magistrat instructeur. En matière criminelle, la cour exerce dans leur plénitude ses pouvoirs de révision et d'évocation¹⁵⁴⁸. En dehors de ces hypothèses, elle ne les exerce qu'une fois saisie par voie d'appel ou par requête en nullité, ou lorsqu'elle estime devoir évoquer la procédure¹⁵⁴⁹. Elle est liée par l'unique objet de sa saisine¹⁵⁵⁰. Par la révision, celle-ci peut notamment étendre l'information à d'autres faits ou à d'autres personnes¹⁵⁵¹. Elle peut encore ordonner un supplément d'information¹⁵⁵², qui peut consister en l'exécution d'un acte précis (audition d'une personne, mise en examen, perquisition...) ou en une reprise générale de la procédure¹⁵⁵³. Mais si le magistrat délégué se doit d'accomplir les actes qui lui sont confiés, celui-ci n'est investi d'aucun pouvoir juridictionnel¹⁵⁵⁴. Il ne peut pas, dans ces conditions, décider de placer le mis en examen en détention provisoire¹⁵⁵⁵. La chambre de l'instruction qui, après infirmation d'une ordonnance du juge d'instruction, ordonne un supplément d'information et délègue un juge pour y procéder, évoque l'affaire en totalité et demeure seule compétente pour rendre les décisions juridictionnelles imposées par le déroulement de

¹⁵⁴⁶ V. J. BROUCHOT, La chambre d'accusation, J.C.P., 1959, I, 1485, spéc. n°19 et s. ; J. BROUCHOT, La chambre d'accusation, Rev. sc. crim., 1959, p. 327 et s. Son président est érigé en « gardien et protecteur de la liberté individuelle ».

¹⁵⁴⁷ Il apparaît nécessaire d'évoquer rapidement les actes d'instruction. D'abord, cela permet de les différencier des actes de juridiction. De plus, lorsqu'ils sont annulés, les actes d'instruction peuvent conduire la chambre de l'instruction à évoquer et à prendre ensuite des décisions à caractère juridictionnel.

¹⁵⁴⁸ Sur le pouvoir de révision, concept doctrinal : W. JEANDIDIER, La juridiction d'instruction (...), *op. cit.*, n°199 et s., p. 159 et s. ; H. ANGEVIN, *op. cit.*, n°142 et s. ; J. GUYENOT, Le pouvoir de révision et le droit d'évocation de la chambre d'accusation, Rev. sc. crim., 1964, p. 559 et s. ; R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, n°569, pour qui par « pouvoir de révision », il faut comprendre « le droit qu'a la juridiction de compléter la procédure qui lui est soumise, de réparer les omissions commises par le juge d'instruction, de redresser les qualifications données aux faits délictueux, de statuer sur tous les chefs de crimes, de délits ou de contraventions résultant du dossier de la procédure, d'inculper des personnes qui n'ont pas été renvoyées devant elle et, à la fin de son examen, de renvoyer les individus poursuivis devant la juridiction de jugement compétente ».

¹⁵⁴⁹ C. ARRIGHI, De la chambre d'accusation à la chambre de l'instruction, R.P.D.P., 2001, p. 123 et s., spéc. p. 125. L'évocation permet à la chambre de l'instruction d'exercer son pouvoir de révision. Cette mesure, qui aboutit au dessaisissement du magistrat instructeur, reste facultative. La cour peut encore préférer renvoyer le dossier à un autre juge d'instruction, sans évoquer donc : V. C. GUERY, Les pouvoirs de la chambre de l'instruction et la liberté du magistrat instructeur, D., 2007, chron., p. 603 et s., spéc. n°7 et 8, p. 604. *Adde*, J. GUYENOT, *op. cit.*, n°4, p. 562.

¹⁵⁵⁰ V. Cass. crim., 27 juin 1991, D., 1992, somm. comm., p. 98 ; Cass. crim., 21 juill. 1998, Bull. crim., n°218.

¹⁵⁵¹ Art. 202 et 204 du C.P.P. Il a été précisé que le pouvoir de révision de la chambre de l'instruction, prévu par l'article 202 du C.P.P., ne s'exerce qu'à l'encontre des personnes renvoyées devant elle : Cass. crim., 22 août 2012, Bull. crim., n°174. V. toutefois, Cass. crim., 14 janv. 2014, Bull. crim., n°5, prononçant la cassation et affirmant qu'il résulte de l'article 204 du C.P.P. que la chambre de l'instruction peut, quant aux infractions résultant du dossier de la procédure, ordonner que soient mises en examen, dans les conditions prévues à l'article 205, des personnes qui n'ont pas été renvoyées devant elle.

¹⁵⁵² Art. 201, 205 et 208 du C.P.P.

¹⁵⁵³ J. PRADEL, Le second degré de l'instruction pénale, Justices, 1996, n°4, Dalloz, p. 73 et s., spéc. p. 75. Il résulte de l'article 205 du C.P.P. que la chambre de l'instruction qui ordonne un supplément d'information ne peut déléguer, pour y procéder, que l'un de ses membres ou un juge d'instruction du ressort de sa juridiction : Cass. crim., 3 mai 2012, Bull. crim., n°104.

¹⁵⁵⁴ J. GUYENOT, *op. cit.*, n°47, p. 598 à 600 ; C. GUERY, *op. cit.*, n°10, p. 605. V. Cass. crim., 10 fév. 1987, Bull. crim., n°66.

¹⁵⁵⁵ Cass. crim., 8 nov. 1990, Bull. crim., n°374, préc. ; Cass. crim., 21 nov. 2000, Bull. crim., n°345.

l'information¹⁵⁵⁶. Saisie d'une requête en nullité, elle peut à nouveau évoquer et procéder directement au règlement de la procédure si les parties ont été mises en mesure d'en débattre de façon contradictoire¹⁵⁵⁷. Au contraire, la chambre de l'instruction ne bénéficie pas du droit d'évocation en matière de détention provisoire¹⁵⁵⁸. Elle n'a plus la faculté de se réserver un tel contentieux comme auparavant¹⁵⁵⁹.

264. Les actes juridictionnels de la chambre de l'instruction s'avèrent extrêmement variés¹⁵⁶⁰. Ainsi lorsque cette juridiction est saisie d'une requête en nullité, elle jouit d'une compétence exclusive pour apprécier la régularité des actes d'information, sous le contrôle de la Cour de cassation¹⁵⁶¹. Son arrêt constitue un acte de juridiction. L'arrêt relatif à la demande de publicité des débats sollicitée par le mis en examen et qui est rendu en chambre du conseil, revêt une nature identique¹⁵⁶². Ces décisions ne présentent cependant aucun aspect coercitif. Il en va de même des décisions prises par le président de la chambre de l'instruction sur le fondement des articles 221-2 et 221-3 du C.P.P., notamment lorsqu'il est saisi par le parquet ou le mis en examen¹⁵⁶³. Les arrêts de non-lieu¹⁵⁶⁴, de renvoi devant le tribunal correctionnel, le tribunal de police ou la juridiction de proximité¹⁵⁶⁵, ou ceux de mise en accusation¹⁵⁶⁶, s'analysent également en des actes juridictionnels¹⁵⁶⁷. Seul l'arrêt de mise en accusation constitue néanmoins un acte coercitif.

¹⁵⁵⁶ V. Cass. crim., 5 oct. 1982, Bull. crim., n°205 ; J.C.P., 1983, II, 20005, note D. ALLIX ; Cass. crim., 11 déc. 2001, Bull. crim., n°258 ; Cass. crim., 6 janv. 2004 (2 arrêts), Bull. crim., n°1 et 2. La chambre de l'instruction n'est pas dessaisie et demeure également compétente pour ordonner elle-même toute investigation qu'elle juge nécessaire : Cass. crim., 31 août 2011, Bull. crim., n°167.

¹⁵⁵⁷ Cass. crim., 19 sept. 2006, Bull. crim., n°224 ; D., 2006, jurispr., p. 3045, note G. ROYER. Saisie d'une requête en annulation d'actes de la procédure, la chambre de l'instruction doit examiner le recours du demandeur à la nullité et statuer, même si celui-ci a déjà été renvoyé devant le tribunal correctionnel par le magistrat instructeur : Cass. crim., 5 sept. 2012, Bull. crim., n°181.

¹⁵⁵⁸ Cass. crim., 9 mai 2001, Bull. crim., n°111 ; D., 2001, I.R., p. 1923, rappelant qu'aucune disposition légale n'autorise la chambre de l'instruction à évoquer ; C. GUERY, *op. cit.*, n°14, p. 606. Dans le silence de la loi, il en est de même pour le contrôle judiciaire et l'assignation à résidence avec surveillance électronique.

¹⁵⁵⁹ C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, n°2010-81, préc., censurant deux phrases de l'article 207 du C.P.P. qui organisent la réserve de compétence de la chambre de l'instruction en matière de détention provisoire. La solution est étendue au contrôle judiciaire et à l'assignation à résidence avec surveillance électronique.

¹⁵⁶⁰ V. à cet égard, J. BROUCHOT, *op. cit.*, n°24 et s., p. 342 et s.

¹⁵⁶¹ Cass. crim., 24 mars 1992, Dr. pénal, 1992, comm. n°270, note A. MARON. V. aussi, Cass. crim., 31 janv. 2006, Dr. pénal, 2006, comm. n°93, note A. MARON.

¹⁵⁶² V. art. 199 du C.P.P. Il en est de même de l'arrêt rendu en matière de détention provisoire sur le fondement de l'article 199, al. 2 du C.P.P. (bien que la règle soit inverse de celle prévue au premier alinéa) : V. Cass. crim., 23 janv. 2013, Bull. crim., n°27.

¹⁵⁶³ Saisie sur le fondement de l'article 221-3 du C.P.P., la chambre de l'instruction doit rendre son arrêt au plus tard trois mois après sa saisine, à défaut de quoi les personnes placées en détention sont remises en liberté : Cass. crim., 14 sept. 2011, Bull. crim., n°179.

¹⁵⁶⁴ Art. 212 du C.P.P. La partie civile peut désormais se pourvoir seule en cassation contre un arrêt de non-lieu rendu par la chambre de l'instruction, l'article 575 du C.P.P. ayant été jugé contraire à la Constitution : C.C., Q.P.C., 23 juill. 2010, n°2010-15/23, *Région Languedoc-Roussillon et autres*, J.O. du 24 juill. 2010, p. 13727 ; Procédures, 2010, comm. n°388, obs. J. BUISSON.

¹⁵⁶⁵ Art. 213 du C.P.P.

¹⁵⁶⁶ Art. 214 du C.P.P.

¹⁵⁶⁷ Le règlement de la procédure nécessite une prise de position de la part de la chambre de l'instruction, qui tranche ainsi une contestation. Elle examine s'il existe contre la personne mise en examen des charges suffisantes (art. 211 du C.P.P.).

265. En tant que juridiction supérieure de l’instruction, la chambre de l’instruction demeure surtout la juridiction d’appel – de réformation – des ordonnances du juge d’instruction et du juge des libertés et de la détention¹⁵⁶⁸. Elle peut confirmer ou bien infirmer l’ordonnance attaquée¹⁵⁶⁹. Ses arrêts se prononcent, entre autres, sur l’appel des ordonnances de compétence, de refus d’informer¹⁵⁷⁰, d’irrecevabilité de la constitution de partie civile et, plus largement, de celles faisant grief aux intérêts civils¹⁵⁷¹, de non-lieu. La chambre de l’instruction statue également sur les ordonnances relatives à l’expertise, de refus d’acte sollicité par l’une des parties, de restitution ou de refus de restitution d’objets saisis, de placement sous contrôle judiciaire ou en détention provisoire, de mise en liberté et de refus de mise en liberté¹⁵⁷², bref de toutes celles afférentes à la liberté du mis en examen. Elle connaît enfin des appels relevés contre les ordonnances rendues en fin d’information, comme celles de non-lieu, de mise en accusation¹⁵⁷³ ou, à titre plus exceptionnel, de renvoi devant le tribunal correctionnel lorsqu’il s’agit d’une ordonnance complexe. La jurisprudence de « l’unique objet » s’applique en tout cas¹⁵⁷⁴.

266. En dehors du cadre de l’information proprement dite, la chambre de l’instruction est encore amenée à prendre des décisions juridictionnelles. Elle forme une « véritable juridiction disciplinaire des fonctionnaires de police judiciaire »¹⁵⁷⁵. Après enquête¹⁵⁷⁶, elle a le pouvoir de prononcer à l’encontre des A.P.J. et O.P.J. l’une des mesures disciplinaires prévues à l’article 227 du C.P.P.¹⁵⁷⁷. Sa décision possède un caractère juridictionnel¹⁵⁷⁸. Elle ne saurait être regardée comme un acte coercitif,

¹⁵⁶⁸ La chambre criminelle a renvoyé une question prioritaire de constitutionnalité relative à l’article 186 du C.P.P., à propos de l’impossibilité pour le mis en examen de relever appel de l’ordonnance du juge des libertés ayant ordonné le maintien en détention en application de l’article 146 du C.P.P. : Cass. crim., 18 mai 2011, Bull. crim., n°102. Le texte a été déclaré conforme à la Constitution avec une réserve d’interprétation : C.C., Q.P.C., 13 juill. 2011, n°2011-153, *M. Samir A.*, J.O. du 14 juill. 2011, p. 12251, cons. 7. Sur l’appel : W. JEANDIDIER, *op. cit.*, n°78 et s., p. 78 et s. ; J. LARGUIER, Remarques sur l’évolution (...), *op. cit.*, p. 287 et s. ; J. PRADEL, L’instruction (...), *op. cit.*, n°699 et s., p. 720 et s.

¹⁵⁶⁹ V. J. PRADEL, Le second degré (...), *op. cit.*, p. 76 ; C. ARRIGHI, De la chambre (...), *op. cit.*, p. 131 à 133.

¹⁵⁷⁰ V. P.-F. DIVIER, L’instruction pénale française à l’épreuve du « procès équitable » européen, *D.*, 2004, chron., p. 2948 et s., spéc. p. 2950.

¹⁵⁷¹ Sous le C.I.C., F. DERRIDA, Des voies de recours ouvertes à la partie civile contre les décisions des juridictions d’instruction, *Rev. sc. crim.*, 1949, p. 309 et s. et p. 547 et s., prônant « un rôle de spectateur » de la partie civile.

¹⁵⁷² V. Cass. crim., 25 juill. 2012, Bull. crim., n°171 ; Procédures, 2012, comm. n°301, obs. J. BUISSON. La partie civile doit nécessairement être avisée de la date d’audience à laquelle la chambre de l’instruction examine la demande de mise en liberté. V. L. BORE, Partie civile (...), *op. cit.*, soutenant à juste titre qu’il faudrait choisir entre l’exclusion complète de la partie civile du contentieux de la liberté ou, au contraire, sa pleine admission dans celui-ci.

¹⁵⁷³ V. Cass. crim., 16 fév. 2005, Bull. crim., n°65. Il ressort de l’arrêt qu’en cas d’annulation de l’ordonnance de mise en accusation par la chambre de l’instruction qui évoque et ordonne un supplément d’information, la personne placée sous mandat de dépôt reste détenue jusqu’à l’arrêt de mise en accusation.

¹⁵⁷⁴ La chambre criminelle vérifie que les parties privées n’interjetent appel que dans les cas prévus par la loi, car cette prérogative constitue pour elles « un droit exceptionnel qui ne comporte aucune extension et dont elles ne sauraient s’autoriser pour faire juger à l’occasion de ces procédures spéciales des questions étrangères à leur unique objet » : V. par ex., Cass. crim., 13 janv. 1986, Bull. crim., n°20 (demande de restitution).

¹⁵⁷⁵ P. BOUZAT, J. PINATEL, cités par C. ARRIGHI, *op. cit.*, p. 137. V. art. 13 du C.P.P.

¹⁵⁷⁶ L’enquête est obligatoire : Cass. crim., 7 juin 2011, Bull. crim., n°120 ; V. GEORGET, Un an d’instruction préparatoire, *Dr. pénal*, 2012, chron. « un an de... » n°1, spéc. n°56.

¹⁵⁷⁷ Cass. crim., 4 mai 1988, Bull. crim., n°191. Et ce, alors même que le procureur général aurait, à raison des mêmes faits, usé à l’égard de l’O.P.J. des pouvoirs différents par leur nature et leur étendue, qu’il tient de l’article 16, dernier alinéa, du C.P.P.

¹⁵⁷⁸ Cass. crim., 26 fév. 1997, Bull. crim., n°78 ; J.C.P., 1997, II, 22865, note H. MATSOPOULOU ; *D.*, 1997, jurisp., p. 297, note J. PRADEL ; *Rev. sc. crim.*, 1997, p. 666, obs. J.-P. DINTILHAC.

mais comme une sanction disciplinaire¹⁵⁷⁹. Par ailleurs, la France est parfois l'Etat d'exécution d'un mandat d'arrêt européen décerné par une autorité judiciaire étrangère. Le procureur général territorialement compétent saisit alors la chambre de l'instruction de la procédure¹⁵⁸⁰. Que la personne consente à sa remise ou non, cette juridiction apprécie la recevabilité de la demande étrangère avant de décider s'il convient d'y faire droit¹⁵⁸¹. La chambre de l'instruction statue par arrêt motivé. Elle ordonne soit la remise, soit un refus de remise¹⁵⁸², soit une remise sous condition(s). Quel que soit le contenu de sa décision, celle-ci constitue un acte de juridiction¹⁵⁸³. C'est en plus un acte coercitif dès lors que la juridiction prononce la remise de l'individu contre sa volonté¹⁵⁸⁴. Une telle analyse doit être mise en parallèle avec l'extradition lorsque la France est l'Etat requis¹⁵⁸⁵. Là aussi, la personne a le choix de consentir à son extradition ou de s'y opposer. Si elle l'accepte, « l'arrêt » de la chambre de l'instruction n'est pas susceptible de recours aux termes de l'article 696-14 du C.P.P. Au contraire, si elle n'y consent pas, cette juridiction donne un « avis motivé » sur la demande d'extradition d'après l'article 696-15 du C.P.P.¹⁵⁸⁶. La différence de terminologie employée par le législateur ne traduit pas une différence de nature. L'arrêt et l'avis méritent tous deux la qualification de décision juridictionnelle. En effet, la chambre de l'instruction opère un choix *in fine* et, ce faisant, tranche un litige¹⁵⁸⁷. Lorsqu'elle rend un avis favorable à l'extradition alors que l'intéressé n'y consent pas, il s'agit à nouveau d'un acte coercitif, compte tenu de l'atteinte portée à la liberté individuelle¹⁵⁸⁸.

¹⁵⁷⁹ Il s'agit surtout de l'interdiction temporaire ou définitive d'exercer les fonctions d'A.P.J. ou d'O.P.J. – et non du retrait de cette qualité –. La chambre d'accusation ne se prononce, dans ce cas, ni sur des contestations relatives à des droits ou des obligations de caractère civil ni sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale, et ses décisions n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme : Cass. crim., 26 fév. 1997, préc.

¹⁵⁸⁰ P. DARBEDA, Les métamorphoses de l'extradition, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 1047 et s., spéc. p. 1050 et s.

¹⁵⁸¹ V. E. FOHRER-DEDEURWAERDER, L'exécution par la France d'un mandat d'arrêt européen émis contre un national. A propos d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 25 janvier 2006, Dr. pénal, 2007, Etude n°1, spéc. n°11.

¹⁵⁸² V. Cass. crim., 15 mai 2012, Bull. crim., n°121, posant qu' « une décision de refus de remise ne fait pas obstacle à une nouvelle saisine de la chambre de l'instruction pour les mêmes faits contre la même personne, fondée sur des éléments survenus ou révélés depuis la demande précédente, permettant une appréciation différente des conditions légales de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen ». La règle est très proche en matière d'extradition, la seconde demande devant trouver son fondement dans de nouveaux accords internationaux, qui modifient les conditions de droit initiales : Cass. crim., 15 juin 2011, Bull. crim., n°129.

¹⁵⁸³ La chambre de l'instruction tranche un litige même si la personne a consenti à sa remise, puisqu'elle doit ou peut la refuser lorsqu'il existe un motif de refus soit obligatoire, soit facultatif. Elle doit refuser la remise de l'individu si les faits pour lesquels le mandat d'arrêt européen a été émis peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises ou si la prescription de l'action publique ou de la peine se trouve acquise au regard de la loi française (art. 695-22, 4° du C.P.P.). Mais cette juridiction doit constater la prescription de l'action publique pour refuser la remise (Cass. crim., 26 avril 2006, Bull. crim., n°115) ou s'assurer qu'elle n'est pas acquise pour l'ordonner (Cass. crim., 8 août 2012, Bull. crim., n°172).

¹⁵⁸⁴ La décision de la chambre de l'instruction doit être motivée dans ce cas et elle est susceptible d'un pourvoi en cassation. Au contraire, la personne qui a accepté sa remise à l'autorité étrangère ne peut former de pourvoi.

¹⁵⁸⁵ V. A. HUET, L'extradition de droit commun. Les innovations de la loi « Perben II » du 9 mars 2004, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 1075 et s., spéc. p. 1076 et 1077.

¹⁵⁸⁶ V. Cass. crim., 4 janv. 2006, Bull. crim., n°6. En l'espèce, la chambre de l'instruction aurait dû vérifier au regard du droit espagnol si la prescription était acquise ou si elle avait été régulièrement interrompue, avant de donner un avis favorable à la demande d'extradition.

¹⁵⁸⁷ Car même si la personne consent à son extradition et que la chambre de l'instruction doit informer « cette personne des conséquences juridiques de son consentement », la juridiction peut s'y opposer si les conditions légales ne sont pas remplies. Elle n'est donc pas totalement liée par l'acceptation de l'intéressé. Sur le caractère juridictionnel de la décision de la chambre de l'instruction, E. SERVIDIO-DELABRE, Le rôle de la chambre d'accusation (...), *op. cit.*, p. 168 à 177.

¹⁵⁸⁸ Dans le même sens, E. SERVIDIO-DELABRE, *op. cit.*, p. 173 et 174, citant l'arrêt *Affatigato* (CE, 17 juin 1983, Gaz. pal., 1984, I, p. 34, concl. PINAULT) éloquent à ce sujet. L'étranger est irrecevable à critiquer les conditions de son arrestation provisoire lors de l'examen de la demande d'extradition, celles-ci étant sans incidence sur la validité de la

267. D'autres actes juridictionnels coercitifs émanent de la chambre de l'instruction ou de son président. Ce magistrat est autorisé à décerner mandat de dépôt ou d'arrêt, sur les réquisitions du procureur général, dans l'attente de la réunion de la chambre saisie en raison de charges nouvelles survenues après le prononcé d'un arrêt de non-lieu¹⁵⁸⁹. L'article 201, alinéa 3, du C.P.P. prévoit, pour sa part, qu'en cas d'urgence, le président – ou le conseiller désigné par lui – peut délivrer mandat d'amener, d'arrêt ou de recherche. Il a même le droit d'ordonner l'incarcération provisoire de l'individu pendant quatre jours ouvrables au maximum jusqu'à la réunion de la chambre de l'instruction. Celle-ci possède également le pouvoir de décerner un mandat d'arrêt ou de dépôt¹⁵⁹⁰.

268. Saisie d'un appel relevé contre une ordonnance rendue en matière de détention provisoire, la chambre de l'instruction peut prescrire le maintien en détention¹⁵⁹¹. A cet effet, elle infirme une ordonnance de mise en liberté¹⁵⁹² ou bien une ordonnance de refus de prolongation de la détention provisoire selon l'article 207 du C.P.P. Elle peut encore confirmer une ordonnance de prolongation de cette mesure¹⁵⁹³. Ces arrêts, auxquels il convient d'ajouter ceux de placement sous contrôle judiciaire ou de refus de mainlevée de la mesure et ceux ordonnant ou prolongeant l'assignation à résidence avec surveillance électronique, correspondent à des actes coercitifs. Lorsqu'elle prononce le renvoi de l'affaire devant le tribunal correctionnel, cette juridiction garde de plus la possibilité, par un arrêt spécialement motivé, de maintenir le prévenu en détention ou sous contrôle judiciaire jusqu'à sa comparution devant le tribunal¹⁵⁹⁴. Si elle prononce le non-lieu, elle a le droit de refuser la restitution des objets placés sous main de justice dès lors que celle-ci présente un danger pour les personnes ou les biens¹⁵⁹⁵, ce qui constitue encore un acte coercitif.

procédure d'extradition : Cass. crim., 17 déc. 2002, Bull. crim., n°229 ; Cass. crim., 24 oct. 2007, Bull. crim., n°256. V. aussi, R. KOERING-JOULIN, Arrestation provisoire préalable à l'extradition et article 5 §2 de la Convention européenne des droits de l'homme, *in* Politique(s) criminelle(s), Mélanges C. LAZERGES, Dalloz, 2014, p. 681 et s., not. n°7, p. 686, dénonçant cette solution. La jurisprudence estime, par ailleurs, au visa de l'article 19, alinéa 2, de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, que « les modalités de la remise de la personne extradée, qui procèdent d'un accord entre les Etats parties à l'extradition, ne relèvent pas de la compétence de la chambre de l'instruction » : Cass. crim., 10 juill. 2013, Bull. crim., n°174 ; A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 41, obs. L. ASCENSI.

¹⁵⁸⁹ Art. 196 du C.P.P.

¹⁵⁹⁰ Art. 207 du C.P.P.

¹⁵⁹¹ Mais lorsqu'elle constate que le mis en examen est détenu en vertu d'un titre nul, elle doit prononcer d'office sa mise en liberté : Cass. crim., 9 mai 2001, Bull. crim., n°111.

¹⁵⁹² V. Cass. crim., 19 déc. 2006, Bull. crim., n°318, avant la censure du Haut conseil des deux phrases de l'article 207 du C.P.P. qui permettaient la réserve du contentieux de la détention. La chambre de l'instruction peut en outre infirmer une ordonnance de mise en liberté et ordonner la prolongation de la détention provisoire, sans méconnaître le principe du double degré de juridiction : V. Cass. crim., 28 juin 2011, Bull. crim., n°152.

¹⁵⁹³ Et en raison de l'effet dévolutif de l'appel, les motifs de l'arrêt de la chambre de l'instruction confirmant l'ordonnance de prolongation de la détention se substituent à ceux de la décision entreprise qui apparaissent insuffisants : Cass. crim., 9 mai 2001, Bull. crim., n°110. Dans une formule devenue presque classique, la chambre criminelle casse néanmoins de nombreux arrêts de chambres de l'instruction au visa de l'article 145-3 du C.P.P., parce qu'ils omettent de mentionner certains éléments essentiels de la motivation (la surmotivation) : V. Cass. crim., 10 mai 2001, Bull. crim., n°117 ; Cass. crim., 9 oct. 2001, Bull. crim., n°203 ; Cass. crim., 25 oct. 2005, Bull. crim., n°264 ; Cass. crim., 2 mai 2007, Bull. crim., n°113. La cassation ainsi prononcée ne permet cependant pas à l'intéressé de soutenir qu'il a été détenu sans titre. La détention provisoire, prolongée par l'arrêt censuré dans les délais légaux, se poursuit jusqu'à la décision de la chambre de l'instruction désignée sur renvoi après cassation : Cass. crim., 28 sept. 2005, Bull. crim., n°241.

¹⁵⁹⁴ Art. 213, al. 2 du C.P.P., qui commence par rappeler la cessation de ces deux mesures en cas de renvoi, puis se réfère expressément à l'article 179, al. 3 et 4 du C.P.P.

¹⁵⁹⁵ Art. 212, al. 3 du C.P.P.

269. En outre, la personne contre laquelle un mandat d'arrêt européen a été décerné se trouve d'abord retenue¹⁵⁹⁶, puis détenue. Elle peut solliciter à tout moment sa mise en liberté selon les formes prévues aux articles 148-6 et 148-7 du C.P.P. Si la chambre de l'instruction y fait droit, elle a la faculté d'astreindre l'intéressé à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire. Elle peut aussi ordonner la mainlevée ou la modification des obligations de cette mesure et délivrer un mandat d'arrêt si la personne se soustrait à ses obligations¹⁵⁹⁷. De même, lorsque la chambre de l'instruction a donné un avis favorable à l'extradition, l'individu réclamé, placé sous écrou extraditionnel, demeure en principe détenu¹⁵⁹⁸.

270. Incarcérée par le procureur de la République ou la chambre de l'instruction, cette personne peut saisir à tout moment ladite juridiction d'une demande de mise en liberté dans les formes prévues aux articles 148-6 et 148-7¹⁵⁹⁹. Si celle-ci prononce l'élargissement, elle conserve le droit d'ordonner « à titre de mesure de sûreté » un contrôle judiciaire et d'astreindre la personne réclamée à se soumettre à une ou plusieurs des obligations énumérées à l'article 138 du C.P.P.¹⁶⁰⁰. A l'inverse, elle peut placer l'intéressé sous écrou (en décernant mandat d'arrêt à son encontre) s'il apparaît que celui-ci entend manifestement se dérober à la demande d'extradition ou en cas de révocation du contrôle judiciaire en raison de l'irrespect de ses obligations¹⁶⁰¹. En définitive, les actes juridictionnels adoptés par les juridictions d'instruction se révèlent très nombreux et divers. Il n'était pas question de les examiner tous, mais d'en évoquer les principaux et de mettre en exergue ceux qui présentent un caractère coercitif. Cette méthode va être reprise pour les décisions juridictionnelles rendues par les juridictions de jugement.

2°- Un attribut naturel des juridictions de jugement

271. Ces juridictions ont une vocation naturelle à rendre des jugements. Ceux-ci demeurent extrêmement variés. On songe avant tout aux décisions sur le fond prises par le juge pénal, celles qui intéressent l'action publique : les décisions de relaxe, d'acquittement ou de condamnation. Ces dernières concernent la répression, non la coercition. A côté de ces décisions, il existe un grand

¹⁵⁹⁶ V. Cass. crim., 1^{er} mars 2006, Bull. crim., n°62, précisant que la rétention de la personne recherchée pendant quarante-huit heures, avant sa conduite devant le procureur général, ne constitue pas une garde à vue. La chambre de l'instruction n'a donc pas à annuler la rétention au motif qu'à l'issue de vingt-quatre heures elle n'aurait pas fait l'objet d'une prolongation régulière.

¹⁵⁹⁷ V. P. DARBEDA, *op. cit.*, p. 1052.

¹⁵⁹⁸ V. Cass. crim., 19 mars 2002, Bull. crim., n°65, sous l'empire de la loi du 10 mars 1927. La spécificité des règles de détention d'un étranger sous écrou extraditionnel a été consacrée. Les dispositions de l'article 145-1 du C.P.P., relatives à la durée de la détention provisoire et à son éventuel renouvellement, ne s'appliquent pas à ce type d'écrou : Cass. crim., 27 mars 2001, Bull. crim., n°79.

¹⁵⁹⁹ Art. 696-19 du C.P.P. Les dispositions de l'article 148-2 du C.P.P. ne sont pas applicables en matière de détention extraditionnelle : Cass. crim., 19 mars 2002, préc.

¹⁶⁰⁰ Art. 696-19, al. 3 du C.P.P. Bien entendu, la chambre de l'instruction peut, à tout moment et même d'office, ordonner la mainlevée du contrôle judiciaire ou le modifier en vertu de l'article 696-20 du C.P.P. : V. A. HUET, *op. cit.*, p. 1082.

¹⁶⁰¹ Art. 696-21 du C.P.P.

nombre de jugements étrangers au fond de l'affaire¹⁶⁰². Ce sont d'abord les jugements sur la compétence. Toute juridiction pénale doit vérifier sa compétence personnelle, matérielle ou territoriale, à l'exception de la cour d'assises bénéficiant de la plénitude de juridiction¹⁶⁰³. S'il se déclare incompétent en raison de la nature criminelle des faits déférés, le tribunal correctionnel peut néanmoins adopter un acte coercitif. Selon l'article 469, alinéa 2, du C.P.P., il conserve la possibilité de décerner mandat d'arrêt ou de dépôt contre le prévenu dans sa décision d'incompétence¹⁶⁰⁴. Ce pouvoir est également accordé à la cour d'appel¹⁶⁰⁵. Le nouveau titre de détention conserve ses effets jusqu'à la décision de la chambre de l'instruction statuant sur la compétence et la prévention¹⁶⁰⁶.

272. Les jugements « distincts du jugement sur le fond » se composent ensuite des jugements d'avant dire droit. Ce sont les décisions que la juridiction est amenée à prononcer avant de statuer au fond. Elles ne la dessaisissent pas¹⁶⁰⁷. Appartiennent à cette catégorie les jugements provisoires, interlocutoires et préparatoires, mais également d'instruction, tel un supplément d'information. Les premiers revêtent parfois un aspect coercitif. Il peut s'agir d'un refus de mise en liberté suite à la demande du détenu provisoire. Les jugements interlocutoires et préparatoires tranchent, eux, un incident contentieux. Devant le tribunal correctionnel, les incidents et exceptions doivent être soulevés avant toute défense au fond par réquisitions du parquet ou conclusions des parties¹⁶⁰⁸. Ils doivent donner lieu à mentions dans les notes d'audience. Ils deviennent contentieux et le tribunal est tenu d'y répondre, puisque le juge de l'action est le juge de l'exception, sauf disposition légale contraire¹⁶⁰⁹.

273. Eu égard au formalisme de la procédure suivie par la cour d'assises, les incidents contentieux surviennent aussi devant cette juridiction. Statuant collégalement, sans l'assistance du jury, la cour

¹⁶⁰² P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n°575.

¹⁶⁰³ Art. 231 du C.P.P.

¹⁶⁰⁴ Le mandat de dépôt est nécessairement de nature criminelle : V. D. CARON, Tribunal correctionnel, Jcl. proc. pén., art. 464-1 à 472, fasc. 20, n°34 et 35. Une question prioritaire de constitutionnalité, fondée sur les dispositions de l'article 469 du C.P.P., a été jugée non sérieuse, le juge pénal étant gardien de la liberté individuelle et les garanties prévues insuffisantes : Cass. crim., 8 avril 2014, Inédit, n°14-80254 ; J.C.P., 2014, chron., 880, n°13, obs. B. MATHIEU.

¹⁶⁰⁵ Art. 519 du C.P.P. Les dispositions des articles 469 et 519 du C.P.P., selon lesquelles la juridiction qui se déclare incompétente ne peut décerner mandat de dépôt ou d'arrêt qu'après avoir entendu le parquet sur cette mesure, ne s'appliquent que devant la juridiction qui délivre le titre de détention et non devant celle qui ne fait que maintenir les effets d'un mandat régulièrement décerné : Cass. crim., 25 mai 2005, Bull. crim., n°161.

¹⁶⁰⁶ V. Cass. crim., 7 mai 1991, Dr. pénal, 1992, chron. n°4, obs. V. LESCLOUS et C. MARSAT ; Cass. crim., 7 déc. 1992, Bull. crim., n°403.

¹⁶⁰⁷ P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n°576.

¹⁶⁰⁸ Pour une définition de l'incident et de l'exception : J.-L. GALLET, Tribunal correctionnel, Jcl. proc. pén., art. 458 à 461, n°51 : « On appelle incident toute demande ou contestation accessoire d'une partie au procès pénal tendant à différer le jugement de l'affaire (remise de cause, sursis à statuer, disjonction, mesure d'instruction complémentaire, exception préjudicielle, etc). Constitue une exception tout moyen de défense qui dénie à la juridiction le droit de condamner, soit à raison de son incompétence, soit pour des causes faisant obstacle à l'application de la loi pénale (amnistie, prescription, chose jugée, abrogation de la loi pénale, illégalité de l'acte servant de base aux poursuites, etc) ou conduisant à la mise hors de cause de la personne concernée (nullité ou clause du contrat d'assurance) ou enlevant le droit d'une partie à intervenir ou former une demande (irrecevabilité de la constitution de partie civile), soit parce qu'une nullité affecterait la procédure antérieure ».

¹⁶⁰⁹ Art. 384 du C.P.P.

bénéficie d'une compétence exclusive pour les trancher¹⁶¹⁰. Elle statue par arrêt lorsque des réquisitions ou conclusions, orales ou écrites, ont été prises et ont fait naître un conflit entre les parties ou entre une partie et le président¹⁶¹¹. Ce dernier n'a aucune compétence en vertu de ses pouvoirs de police, de direction des débats, ou même de son pouvoir discrétionnaire¹⁶¹². Les arrêts incidents sont soumis aux formes ordinaires des jugements et arrêts. A peine de nullité, ils doivent être motivés¹⁶¹³, mais ne peuvent jamais préjuger du fond, s'exprimer sur la culpabilité de l'accusé¹⁶¹⁴.

274. Parmi les incidents fréquents devant la cour d'assises, la demande de donner acte occupe le premier plan¹⁶¹⁵. Il s'agit d'une procédure par laquelle une partie peut obtenir la constatation authentique d'un fait ou d'une irrégularité qui aurait été commise au cours des débats et de nature à porter atteinte à ses droits (manifestation d'opinion du président, d'un juré, communication de jurés avec des témoins ou des tiers...) ¹⁶¹⁶. La cour n'est tenue de donner acte que de faits précis, survenus à l'audience, constatés à cette occasion et susceptibles de porter atteinte aux droits de la défense¹⁶¹⁷. L'absence de tout incident contentieux ou demande de donné-acte fait présumer qu'aucune irrégularité de nature à porter atteinte aux droits de la défense n'a été commise au cours de l'audience¹⁶¹⁸. Les arrêts incidents se prononcent, en outre, sur les exceptions avancées (exception de chose jugée, de prescription, de nullité affectant la procédure entre la décision de mise en accusation et l'ouverture des débats...). Ces différentes décisions sont des jugements. Elles ne présentent aucun aspect coercitif, excepté, par exemple, l'arrêt incident de la cour d'assises qui rejette une demande de mise en liberté formée par l'accusé qui comparaît devant elle¹⁶¹⁹.

¹⁶¹⁰ Art. 316 du C.P.P. ; H. ANGEVIN, Cour d'assises, Jcl. proc. pén., art. 306 à 316, fasc. 30, n°142 et 154.

¹⁶¹¹ V. H. ANGEVIN, Cour d'assises, Jcl. proc. pén., art. 306 à 316, fasc. 40, n°10.

¹⁶¹² Le pouvoir discrétionnaire est destiné à permettre au président de la cour d'assises de prendre sur-le-champ, sans rompre la continuité des débats, toutes mesures d'instruction de nature à résoudre les difficultés qui surgissent au cours de l'audience : Cass. crim., 30 nov. 1988, Bull. crim., n°406. Il est singulier que ledit président n'ait aucune compétence pour trancher les incidents contentieux, lui, qui dispose d'ordinaire de larges pouvoirs. V. J. BROUCHOT, La cour d'assises sous le régime du Code de procédure pénale, J.C.P., 1959, I, 1479, spéc. n°21.

¹⁶¹³ Cass. crim., 28 oct. 1975, Bull. crim., n°226.

¹⁶¹⁴ Art. 316, al. 2 du C.P.P. ; V. déjà, Cass. crim., 26 fév. 1914, Bull. crim., n°117. Pour un exemple de motifs ne préjugant pas du fond : Cass. crim., 2 fév. 2005, Dr. pénal, 2005, comm. n°65, note A. MARON.

¹⁶¹⁵ V. P. FAIVRE, Le donné-acte devant la cour d'assises, Recueil d'études à la mémoire de M. PATIN, Cujas, 1965, p. 553 et s. ; H. ANGEVIN, La pratique de la cour d'assises, *op. cit.*, n°688 et s.

¹⁶¹⁶ H. ANGEVIN, Cour d'assises, *op. cit.*, fasc. 40, n°64. Concrètement, cette partie réclame à la cour – ou parfois au président – de lui « donner acte » du fait, de l'acte ou de l'omission, constitutif de l'irrégularité dommageable, et la cour – ou le président – donne l'acte requis si elle fait droit à une telle demande. Il peut s'agir encore de la conservation de documents par un témoin lors de sa déposition orale alors qu'il n'y a pas été autorisé : Cass. crim., 7 nov. 2007, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 95, obs. S. LAVRIC.

¹⁶¹⁷ Cass. crim., 17 oct. 2012, Bull. crim., n°221. V. aussi, Cass. crim., 17 sept. 2014, n°13-85196, E.C.P.B. (absence d'atteinte aux droits de la défense ici).

¹⁶¹⁸ Cass. crim., 23 mai 2012, Bull. crim., n°133, à propos de pièces nouvelles versées aux débats ; Cass. crim., 26 juin 2013, Bull. crim., n°166.

¹⁶¹⁹ V. Cass. crim., 6 mars 2003, Bull. crim., n°61. Cet arrêt incident n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation, lequel constitue un recours effectif et suffisant au sens conventionnel.

275. Il est vrai que si les juridictions de jugement rendent de nombreux actes juridictionnels, peu d'actes coercitifs émanent d'elles¹⁶²⁰. Ceux-ci demeurent davantage effectués lors des enquêtes de police ou des informations judiciaires¹⁶²¹. On en discerne tout de même quelques uns au stade du jugement pénal. Il s'agit des refus de restitution des objets placés sous main de justice, décidés par les juridictions répressives, notamment lorsque les objets saisis présentent un danger pour les personnes ou les biens¹⁶²². Si le tribunal correctionnel ou de police considère que ces objets sont utiles à la manifestation de la vérité ou susceptibles de confiscation, il sursoit à statuer jusqu'à sa décision sur le fond par un jugement insusceptible de recours¹⁶²³. En revanche, la décision refusant la restitution peut être frappée d'appel par la personne qui l'a sollicitée¹⁶²⁴.

276. Les mandats d'arrêt et de dépôt, ainsi que les décisions de placement ou de maintien sous contrôle judiciaire et en détention provisoire, constituent les actes juridictionnels les plus coercitifs. Ils apparaissent comme ceux dont les juridictions pénales font le plus souvent usage¹⁶²⁵. Ainsi l'article 464-1 du C.P.P. autorise-t-il le tribunal correctionnel à maintenir le prévenu en détention dans l'affaire qui doit être jugée¹⁶²⁶. Une telle décision produit effet jusqu'au prononcé du jugement, autrement dit pendant toute la durée des débats et, si l'affaire est mise en délibéré, jusqu'à leur clôture par le jugement, sauf bien sûr à élargir le prévenu avant. Elle doit énoncer « les éléments de l'espèce » qui justifient la prolongation de cette mesure particulière de sûreté. La formule utilisée par l'article 464-1 du C.P.P. apparaît beaucoup plus souple que celle employée à l'article 179, alinéa 3, lorsque le juge d'instruction ordonne le maintien en détention¹⁶²⁷. En tout état de cause, la Cour de cassation a jugé que les dispositions du Code de procédure pénale qui définissent limitativement les cas dans lesquels le placement ou le maintien en détention peut être prescrit par le juge, loin d'être incompatibles avec celles de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, instituent, au contraire, en faveur des

¹⁶²⁰ Il convient de préciser que certains actes coercitifs adoptés par les juridictions de jugement ne sont pas juridictionnels. V. art. 326 du C.P.P., sur le témoin qui ne comparait pas devant la cour d'assises ; art. 439 du C.P.P., relatif au témoin défaillant devant le tribunal correctionnel ; art. 457 du C.P.P., autorisant le président du tribunal correctionnel à faire garder le témoin par la force publique en cas de soupçon de faux témoignage.

¹⁶²¹ Tels les contrôles d'identité, perquisitions et saisies, écoutes téléphoniques, gardes à vue...

¹⁶²² Art. 373, al. 2 du C.P.P. (cour d'assises) ; art. 481, al. 2 du C.P.P. (tribunal correctionnel) ; art. 484, al. 2 du C.P.P. (cour d'appel) ; art. 543 du C.P.P. (tribunal de police).

¹⁶²³ Art. 481 et 543 du C.P.P.

¹⁶²⁴ Art. 482 et 543 du C.P.P.

¹⁶²⁵ Certaines dispositions du Code de procédure pénale prévoient la délivrance de ces mandats : V. not., art. 272-1, 321, 367, 379-2, 379-3, 379-4, 397-4, 404, 410-1, 465, 465-1, 469, 519 et 677 du C.P.P. Pendant l'instance d'appel, l'arrêt de la cour d'assises vaut titre de détention (art. 367 du C.P.P.). Avant la réforme opérée par la loi du 17 mai 2011, le mandat de dépôt criminel initial continuait de produire ses effets : V. Cass. crim., 3 mai 2011, Bull. crim., n°87. Depuis la réforme : Cass. crim., 11 juin 2013, Bull. crim., n°132, jugeant l'accusé irrecevable à contester un mandat d'arrêt antérieur à sa condamnation, l'arrêt de la cour d'assises le condamnant constituant « un nouveau titre de détention ».

¹⁶²⁶ Le principe reste cependant la liberté du prévenu, puisque le maintien de la détention doit être prescrit par « décision spéciale et motivée » selon les dispositions de cet article. V. par ex., Cass. crim., 26 mars 1985, Bull. crim., n°125.

¹⁶²⁷ En ce sens, V. D. CARON, Tribunal correctionnel, Jcl. proc. pén., *op. cit.*, n°8, citant quelques exemples de motivations justifiant le maintien (ou le placement) en détention.

inculpés (« mis en examen » et « prévenus », en l'occurrence), des garanties supplémentaires destinées à éviter toute détention injustifiée¹⁶²⁸.

277. Lorsque le tribunal correctionnel est saisi par voie de convocation par procès-verbal ou de comparution immédiate, l'article 397-3 du C.P.P. lui permet encore, conformément aux dispositions de l'article 141-1 du C.P.P., de placer ou maintenir le prévenu sous contrôle judiciaire avec exécution provisoire. Si l'intéressé se soustrait à ses obligations, il peut être mis en détention provisoire. Cette juridiction a également la faculté d'ordonner le placement ou le maintien du prévenu en détention si celui-ci est poursuivi selon la procédure de comparution immédiate¹⁶²⁹. Sa décision, spécialement motivée, est rendue suivant les modalités prévues par les articles 135, 137-3, alinéa 1, et 464-1 et est motivée par référence aux dispositions du 1° à 6° de l'article 144 du C.P.P.¹⁶³⁰. De même, il résulte des dispositions de l'article 397-4 du C.P.P. que dans le cas où le prévenu est condamné à un emprisonnement sans sursis, le tribunal saisi selon la procédure de comparution immédiate peut prononcer le placement ou le maintien en détention par décision spécialement motivée.

278. De son côté, l'article 465 du C.P.P. ouvre la possibilité au tribunal correctionnel de délivrer un mandat d'arrêt ou de dépôt à l'encontre d'un prévenu libre. Cette personne doit être condamnée pour un délit de droit commun ou un délit militaire prévu par le livre III du Code de justice militaire à une peine au moins égale à un d'emprisonnement sans sursis. La décision spéciale et motivée se fonde sur les éléments de l'espèce qui justifient une mesure particulière de sûreté. Ce mandat de justice possède, à l'évidence, une nature coercitive¹⁶³¹. Il continue de produire ses effets, même si la cour, sur appel (ou le tribunal, sur opposition) réduit la peine à moins d'un an d'emprisonnement¹⁶³². Mais la juridiction du second degré conserve le droit de donner mainlevée des mandats¹⁶³³. En toutes circonstances, les mandats ainsi décernés continuent à produire leur effet malgré le pourvoi en cassation¹⁶³⁴. Si la personne est arrêtée à la suite du mandat d'arrêt et qu'il s'agit d'un jugement rendu par défaut, la

¹⁶²⁸ Cass. crim., 6 mars 1986, Bull. crim., n°94 ; D., 1986, jurispr., p. 315, note D. MAYER.

¹⁶²⁹ Art. 397-3, al. 2 du C.P.P. En pratique, le taux de placement en détention provisoire paraît élevé (aux alentours de 80 %) lorsque le prévenu refuse de comparaître le jour même. Peu d'avocats conseillent dès lors de demander un délai pour préparer la défense, eu égard au risque élevé de mise en détention provisoire. V. C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré. Etude des transformations du jugement pénal*, Dalloz, 2012, Nouvelle bibliothèque de thèses, préf. P. PONCELA, n°292, p. 316 et 317.

¹⁶³⁰ *Ibid.* La décision est exécutoire par provision. L'article 148-2 du C.P.P., relatif aux demandes de mises en liberté, est inapplicable dans le cadre de la comparution immédiate ; l'appel contre une décision ayant renvoyé l'examen de l'affaire à une audience ultérieure en ayant maintenu le prévenu en détention ne saurait être assimilé à une demande de mise en liberté : Cass. crim., 4 mai 2011, Bull. crim., n°94 ; Cass. crim., 20 juill. 2011, Bull. crim., n°161, refusant d'assimiler la décision de maintien en détention provisoire et le rejet de demande de mise en liberté. L'article 148-2 du C.P.P. s'applique, en revanche, lorsqu'une demande de mise en liberté est formée par un accusé, déjà jugé en premier ressort et qui se trouve en instance d'appel : V. Cass. crim., 8 juin 2011, Bull. crim., n°125 ; Cass. crim., 9 janv. 2013, Bull. crim., n°11 (cassation, le contrôle judiciaire est alors exclu).

¹⁶³¹ Encore faut-il que le mandat d'arrêt délivré à l'encontre du prévenu par le tribunal correctionnel soit mis à exécution. Son absence de mise à exécution, lors de la comparution du prévenu devant la cour d'appel, a nécessairement mis fin aux effets de ce mandat : V. Cass. crim., 18 mai 2011, Bull. crim., n°101.

¹⁶³² Art. 465, al. 2 et 3 du C.P.P.

¹⁶³³ Art. 465, al. 4 du C.P.P.

¹⁶³⁴ Art. 465, al. 5 du C.P.P. ; D. GUIRIMAND, *Cour d'appel en matière correctionnelle*, Jcl. proc. pén., art. 496 à 520, fasc. 20, n°12 et 13.

procédure organisée par l'article 135-2 du C.P.P. s'applique¹⁶³⁵. Cette procédure n'est pas applicable, en revanche, à l'exécution d'un mandat d'arrêt décerné à la suite d'une condamnation en matière correctionnelle à une peine privative de liberté par une décision contradictoire ou réputée contradictoire¹⁶³⁶. La loi du 12 décembre 2005 a en outre facilité la délivrance des mandats d'arrêt ou de dépôt à l'encontre des récidivistes, puisqu'aux termes de l'article 465-1 du C.P.P., le tribunal peut, par décision spéciale et motivée, décerner mandat de dépôt ou d'arrêt contre le prévenu lorsque les faits sont commis en état de récidive légale, quelle que soit la durée de la peine d'emprisonnement prononcée. Pour conclure, les juridictions de jugement rendent des actes juridictionnels variés, dont plusieurs sont coercitifs. Certains se retrouvent lors de l'exécution des peines. Les actes de juridiction ont gagné cette phase du procès pénal ces dernières années. Mieux, ils ont réalisé sa métamorphose.

3°- Une institution nouvelle au cours de l'exécution des peines

279. L'évolution vers la juridictionnalisation de l'exécution des peines a été laborieuse. A l'origine, le juge de l'application des peines a surtout un rôle d'ordre pénitentiaire¹⁶³⁷, devant déterminer pour chaque condamné les principales modalités de son traitement pénitentiaire en accordant le placement à l'extérieur, la semi-liberté et les permissions de sortir¹⁶³⁸. Signe d'un progrès, cette judiciarisation ne s'est toutefois pas accompagnée d'une juridictionnalisation¹⁶³⁹. L'apparition de ce magistrat en 1958 a par ailleurs soulevé certaines difficultés¹⁶⁴⁰. Précisant les compétences respectives de ce juge et de l'administration pénitentiaire, le Tribunal des conflits a indiqué qu'« il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître des litiges relatifs à la nature et aux limites d'une peine infligée par une juridiction judiciaire et dont l'exécution est poursuivie à la diligence du ministère public ». Il a opposé ces litiges à ceux concernant « le fonctionnement administratif des services pénitentiaires »¹⁶⁴¹. Ceci étant, il a fallu déterminer la nature des décisions prises par le juge de l'application des peines en vertu des articles 721 et 722 du C.P.P. Dans l'arrêt *Dame veuve Picard* du 5 février 1971¹⁶⁴², le Conseil d'Etat a jugé que celles-ci, « prises pour l'exécution du service pénitentiaire, constituent des décisions administratives qui ne relèvent que de la juridiction administrative ». Cette solution a été reprise

¹⁶³⁵ Art. 465, al. 6 du C.P.P.

¹⁶³⁶ Cass. crim., 11 juin 2013, Bull. crim., n°134 ; A.J. pénal, 2013, jurisp., p. 618, obs. L. ASCENSI.

¹⁶³⁷ J.-D. BREDIN, Deux institutions nouvelles du Code de procédure pénale (Livre V) : le juge de l'application des peines et le sursis avec mise à l'épreuve, J.C.P., 1959, I, 1517.

¹⁶³⁸ V. J. MALHERBE, Le juge de l'application des peines, Rev. sc. crim., 1959, p. 635 et s., spéc. p. 640.

¹⁶³⁹ En ce sens, J. MALHERBE, *op. cit.*, p. 643. Sur la distinction entre judiciarisation et juridictionnalisation, V. C. LAZERGES, De la judiciarisation à la juridictionnalisation de l'exécution des peines par la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, Mélanges P. COUV RAT, P.U.F., 2001, p. 489 et s., spéc. p. 491 : « On sait que judiciariser consiste à soumettre une situation au contrôle de l'autorité judiciaire garante des libertés individuelles. (...) Juridictionnaliser est le procédé consistant à attribuer à des actes qui ne le comporteraient normalement pas, la qualification d'actes juridictionnels afin de leur étendre le régime de ce dernier ».

¹⁶⁴⁰ V. A. CHAVANNE, Les problèmes posés par l'institution du juge à l'application des peines. Rapport de synthèse présenté au Xes journées de Défense sociale (Lyon, 7-8 juin 1962), Rev. sc. crim., 1962, chron., p. 801 et s.

¹⁶⁴¹ T.C., 22 fév. 1960, *Veuve Fargeaud d'Epied*, A.J.D.A., 1960, jurisp., p. 147.

¹⁶⁴² CE, 5 fév. 1971, D., 1971, jurisp., p. 503, note F. MODERNE ; J.C.P., 1973, II, 17517, note J.-J. FRANSES-MAGRE.

ensuite¹⁶⁴³. En même temps, la loi du 17 juillet 1970 renforce les pouvoirs du juge de l'application des peines puisqu'elle lui permet d'imposer des obligations supplémentaires au probationnaire en cours d'épreuve. Or, une telle décision appartient à la catégorie des actes de juridiction¹⁶⁴⁴.

280. Qualifier les décisions du juge de l'application des peines de mesures d'administration judiciaire reste surprenant. Certaines d'entre elles possèdent un caractère coercitif. Cela a été le cas de l'ancienne ordonnance d'incarcération provisoire, adoptée par ce juge lorsque le condamné se dérobe à ses obligations¹⁶⁴⁵. Tel a été encore le cas lorsque le magistrat fait procéder en urgence à l'arrestation provisoire d'un individu en liberté conditionnelle¹⁶⁴⁶. Hormis les actes coercitifs, certaines décisions du juge revêtent de toute façon une nature juridictionnelle, en particulier celles prises en milieu ouvert¹⁶⁴⁷. Pourtant, par « un véritable coup de force »¹⁶⁴⁸, la loi du 22 novembre 1978 a inséré un article 733-1 dans le Code de procédure pénale énonçant que les décisions du juge de l'application des peines sont des « mesures d'administration judiciaire ». Une loi de 1986¹⁶⁴⁹ conserve cette « formule pour le moins hybride »¹⁶⁵⁰. L'introduction d'une telle qualification a été dénoncée¹⁶⁵¹, d'autant que ce système ne se distingue pas par sa cohérence. La plupart des décisions du juge de l'application des peines – celles auxquelles l'article 733-1 du C.P.P. renvoie – peuvent être soumises à un recours en annulation pour violation de la loi (puis en opportunité avec la loi de 1986), formé par le seul procureur de la République devant la chambre d'accusation¹⁶⁵².

281. Or, les décisions afférentes aux mesures de suspension et de fractionnement des peines privatives de liberté, de placement à l'extérieur, de semi-liberté, de permission de sortir et de libération

¹⁶⁴³ TA Grenoble, 15 mars 1978, Gaz. pal., 1979, I, p. 102, note F. MODERNE.

¹⁶⁴⁴ *Contra*, G. MARC, Réflexions sur le nouveau pouvoir reconnu au juge de l'application des peines d'imposer des obligations supplémentaires aux probationnaires en cours d'épreuve, Rev. sc. crim., 1971, chron., p. 1007 et s., spéc. p. 1008. *Adde*, Le Havre (trib. corr.), 4 déc. 1970, J.C.P., 1973, II, 17517, note J.-J. FRANCES- MAGRE, dont la motivation embarrassée n'emporte guère la conviction.

¹⁶⁴⁵ Prévus à l'article 741-2 du C.P.P., texte abrogé par la loi du 9 mars 2004 ; S. MAIL-FOUILLEUL, Les droits de la défense et le juge de l'application des peines, Dr. pénal, 2001, chron., n°7, spéc. n°17.

¹⁶⁴⁶ Art. 733, al. 2 du C.P.P., abrogé par la loi du 9 mars 2004. Pendant longtemps, le juge de l'application des peines n'a pas eu la faculté de décerner des mandats de justice, ce que certains ont regretté : V. A. CHAVANNE, *op. cit.*, p. 803.

¹⁶⁴⁷ V. F. MODERNE, note sous TA Grenoble, 15 mars 1978, Gaz. pal., 1979, I, p. 102, not. p. 104 ; J.-J. FRANCES- MAGRE, note sous Le Havre (trib. corr.), 4 déc. 1970, J.C.P., 1973, II, 17517 ; P. COUV RAT, Les recours contre les décisions du juge de l'application des peines, Rev. sc. crim., 1985, chron., p. 135 et s., spéc. p. 136.

¹⁶⁴⁸ G. LEVASSEUR, Rapport de synthèse au 5^{ème} Colloque organisé par l'institut de criminologie de Lille, R.P.D.P., 1980, p. 401 et s., spéc. p. 412.

¹⁶⁴⁹ Loi n°86-1021 du 9 septembre 1986, J.O. du 10 sept. 1986, p. 10958 ; J. PRADEL, Vers un retour à une plus grande certitude de la peine avec les lois du 9 septembre 1986, D., 1987, chron., p. 5 et s., spéc. p. 9 et 10.

¹⁶⁵⁰ F. MODERNE, note préc., p. 104.

¹⁶⁵¹ G. LEVASSEUR, Aperçu sur la judiciarisation de l'exécution des sanctions répressives, R.P.D.P., 1983, p. 327 et s., spéc. p. 336 et s. ; G. LEVASSEUR, De quelques singularités des voies de recours en matière répressive, Mélanges J. VINCENT, Dalloz, 1981 p. 213 et s., spéc. n°22 à 24, p. 227 et 228 (plus critique). *Adde*, P. COUV RAT, *op. cit.*, p. 138.

¹⁶⁵² Ce recours doit être porté devant la chambre d'accusation dans les vingt-quatre heures de la notification qui en est faite au magistrat du parquet. Il suspend l'exécution de la décision attaquée. Reste que ce recours en appréciation de légalité est fondé sur le caractère administratif de la décision. On aurait donc pu s'attendre à ce qu'il soit porté devant les juridictions administratives. Or, il a été confié à la chambre d'accusation, juridiction de l'ordre judiciaire, ce qui montre le manque de cohérence du système. De plus, les véritables mesures d'administration judiciaire ne sont susceptibles d'aucun recours (art. 537 du C.P.C.), sauf cas d'un éventuel (et exceptionnel) pourvoi du procureur général près la Cour de cassation sur ordre du garde des Sceaux.

conditionnelle ne sauraient être regardées comme des mesures d'administration judiciaire. Elles ne sont pas de moindre importance. Elles font grief au condamné dès lors qu'il est question de les réduire, les retirer ou les révoquer. Elles devraient en conséquence être motivées¹⁶⁵³ et pouvoir faire l'objet d'un recours de la part du condamné¹⁶⁵⁴. Juridiquement, les décisions de retrait, réduction ou révocation de ces mesures s'analysent en des sanctions, des punitions¹⁶⁵⁵. Attention aux libertés individuelles, elles doivent cependant être distinguées des actes coercitifs. Il s'agit de mesures d'individualisation ou d'aménagement de la peine. Elles s'attachent donc aux modalités de la répression et demeurent susceptibles de modifier les limites de la peine¹⁶⁵⁶. Le régime de ces actes confirme cette analyse. Dans l'hypothèse d'une incarcération suite à la révocation du sursis avec mise à l'épreuve, le condamné exécute la peine et non une détention provisoire¹⁶⁵⁷. N'étant pas des actes coercitifs, ces décisions ne constituent pas davantage des mesures d'administration judiciaire.

282. La chambre criminelle a admis le pourvoi du procureur général de la Cour de cassation sur ordre du garde des Sceaux contre un arrêt rendu par une chambre d'accusation¹⁶⁵⁸. Puis, elle a étendu son contrôle en déclarant recevable à se pourvoir en cassation « toute personne ayant figuré dans l'instance qui a donné lieu à l'arrêt attaqué lorsque ce dernier contient à son égard des dispositions qui lui font grief et qui sont susceptibles d'acquiescer l'autorité de la chose jugée »¹⁶⁵⁹. Si cet arrêt permet une avancée¹⁶⁶⁰, il souligne l'incohérence d'un tel système puisqu'il revient à conférer la nature juridictionnelle à la décision de la chambre d'accusation et non à celle du juge de l'application des peines¹⁶⁶¹. Or *a priori*, il n'existe pas de différence de nature entre ces deux décisions. Le Conseil d'Etat a opéré un revirement de jurisprudence. Il décline sa compétence pour le contentieux de l'exécution des peines¹⁶⁶². Malgré l'accumulation des critiques, la Cour de cassation n'a pas offert de recours au condamné contre les décisions du juge de l'application des peines devant le tribunal

¹⁶⁵³ S. MAIL-FOUILLEUL, *op. cit.*, n°13.

¹⁶⁵⁴ Outre la rupture de l'égalité des armes, le recours étant exclusivement ouvert au parquet, donc contre les décisions favorables au condamné, le défaut de voies de recours viole l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁶⁵⁵ V. aussi, B. JOUVE, Une institution contestée : l'application des peines, *Gaz. pal.*, 1984, *doctr.*, p. 407 et s., *spéc.* p. 408.

¹⁶⁵⁶ V. CE, 9 fév. 2001, D., 2001, I.R., p. 1437, d'où il ressort que la décision par laquelle le juge de l'application des peines accorde ou refuse une permission de sortir n'est pas une simple modalité du traitement pénitentiaire, mais constitue une mesure modifiant les limites de la peine. Sur les réductions de peine, CE, 9 nov. 1990, *Théron*, D., 1991, *jurisp.*, p. 390, note J.-Y. PLOUVIN. La décision par laquelle le juge de l'application des peines accorde la réduction d'une peine privative de liberté ne constitue pas une simple modalité du traitement pénitentiaire, mais une mesure qui modifie les limites de la peine.

¹⁶⁵⁷ Cass. crim., 21 fév. 2007, *Bull. crim.*, n°58.

¹⁶⁵⁸ Cass. crim., 30 avril 1980, *Bull. crim.*, n°127 (*Bogdan*).

¹⁶⁵⁹ Cass. crim., 28 fév. 1984, *Bull. crim.*, n°79 (*Manterola*).

¹⁶⁶⁰ Il a été rapproché de l'arrêt *Doré*, rendu le 17 mai 1984 en matière d'extradition, qui a ouvert le pourvoi en cassation à l'individu contre l'avis positif de la chambre d'accusation : V. P. COUV RAT, *op. cit.*, p. 139 et 140.

¹⁶⁶¹ Soulignant cette incohérence : P. COUV RAT, *op. cit.*, p. 140 ; G. GUGLIELMI, Le juge de l'application des peines est-il un chiroptère ?, *Rev. sc. crim.*, 1991, *chron.*, p. 622 et s., *spéc.* p. 630.

¹⁶⁶² CE, 9 nov. 1990, *Théron*, *préc.* (ordonnance de refus de réduction de peine), qui revient sur CE, 5 fév. 1971, *Dame veuve Picard*, *préc.* ; CE, 4 nov. 1994, *Korber*, *Petites affiches* du 12 avril 1995, p. 18 et s., note B. PACTEAU (l'octroi d'une libération conditionnelle ne se rattache pas au fonctionnement administratif du service pénitentiaire, mais constitue une mesure qui modifie les limites de la peine). *Adde*, CE, 18 mars 1998, *Druelle*, *préc.*, et CE, 9 fév. 2001, *Malbeau*, D., 2001, I.R., p. 1437 ; *Petites affiches* du 3 août 2001, p. 23, *concl.* A. SEBAN.

correctionnel¹⁶⁶³. A l'image de la qualification de mesure d'ordre intérieur retenue en droit pénitentiaire par le juge administratif, celle de mesure d'administration judiciaire s'avère tout autant contestable¹⁶⁶⁴. Sanctions relevant de la matière pénale au sens européen, ces décisions (retraits, réductions, révocations d'une mesure favorable) ne correspondent pas à des mesures d'administration judiciaire¹⁶⁶⁵.

283. Une évolution se fait jour avec les lois de 1997¹⁶⁶⁶ et 1998¹⁶⁶⁷, relatives respectivement au placement sous surveillance électronique et à la prévention et à la répression des infractions sexuelles. La mise sous surveillance électronique d'un condamné constitue une modalité d'exécution d'une peine privative de liberté, un aménagement de peine, à l'instar de la permission de sortir, de la réduction de peine, de la semi-liberté, de la libération conditionnelle...¹⁶⁶⁸. Elle n'est pas un substitut à la détention provisoire ou une modalité du contrôle judiciaire et ne se confond pas avec l'assignation à résidence avec surveillance électronique prescrite au cours de l'information. En un mot, le placement sous surveillance électronique ne saurait être confondu avec un acte coercitif. Lorsque le juge prononce le retrait d'un tel placement, en cas d'inobservation de certaines mesures ou de nouvelle condamnation, le condamné peut relever appel devant la chambre des appels correctionnels dans les dix jours¹⁶⁶⁹. Le législateur a ainsi « ouvert une brèche », car une telle décision apparaît juridictionnelle¹⁶⁷⁰. Quant à la loi du 17 juin 1998, elle a instauré le suivi socio-judiciaire et l'a insérée aux articles 763-1 et suivants du C.P.P. Il ne constitue pas non plus un acte coercitif. Qualifié de peine complémentaire par le législateur¹⁶⁷¹, il s'agit d'« une peine pas comme les autres »¹⁶⁷². Il fait suite à l'exécution d'une peine privative de liberté et s'apparente à une mesure de sûreté. Il semble « beaucoup plus guidé par l'idée

¹⁶⁶³ Cass. crim., 10 avril 1996 et Cass. crim., 12 juin 1996, Petites affiches du 21 fév. 1997, p. 15, note M. HERZOG-EVANS. V. pourtant, Cass. crim., 27 avril 1994, Bull. crim., n°156 (*Korber*), où la recevabilité du recours d'un détenu avait été admise contre la décision de retrait de sa libération conditionnelle.

¹⁶⁶⁴ F. STAECHELE, La pratique de l'application des peines, Litec, 1995, n°90 ; F. STAECHELE, Le juge de l'application des peines : magistrat du siège ou administrateur judiciaire ?, Rev. sc. crim., 1991, chron., p. 385 et s., spéc. p. 389, pour qui les décisions des juges de l'application des peines apparaissent alors comme « des monstres juridiques » ; G. GUGLIELMI, *op. cit.*, p. 629, 630 et 634 ; M. HERZOG-EVANS, note sous Cass. crim., 10 avril 1996 et Cass. crim., 12 juin 1996, Petites affiches du 21 fév. 1997, p. 15, spéc. p. 19 et 20 : « (...) toutes les décisions du J.A.P. sont de nature juridictionnelle. (...) Il faut donc admettre que le législateur s'est trompé en 1978, puis en 1986 » ; M. HERZOG-EVANS, Le juge de l'application des peines, juridiction de premier degré, Rev. sc. crim., 1999, p. 289 et s., spéc. p. 297.

¹⁶⁶⁵ V. aussi, CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell / Royaume-Uni*, préc., qui qualifie de mesure de nature pénale une sanction anglaise équivalente à la réduction de peine française et sanctionne la violation de l'article 6 de la Convention.

¹⁶⁶⁶ Loi n°97-1159 du 19 déc. 1997, J.O. du 20 déc. 1997, p. 18452.

¹⁶⁶⁷ Loi n°98-468 du 17 juin 1998, J.O. du 18 juin 1998, p. 9255.

¹⁶⁶⁸ V. P. COUV RAT, Une première approche de la loi du 19 décembre 1997 relative au placement sous surveillance électronique, Rev. sc. crim., 1998, chron., p. 374 et s., spéc. p. 374 et 375 ; C. CARDET, La mise en œuvre du placement sous surveillance électronique, D., 2003, chron., p. 1782 et s., spéc. n°2 ; Cass. crim., 1^{er} mars 2006, Bull. crim., n°63 ; A.J. pénal, 2006, p. 224, obs. M. HERZOG-EVANS, le juge de l'application des peines ayant ordonné « l'exécution de la peine d'emprisonnement (...) sous le régime du placement sous surveillance électronique ».

¹⁶⁶⁹ Art. 712-6 et 712-11 du C.P.P., aujourd'hui. Avant de prendre cette décision, le juge reçoit l'avis du représentant de l'administration pénitentiaire et organise un débat contradictoire au cours duquel il entend les réquisitions du parquet ainsi que le condamné, éventuellement assisté de son avocat.

¹⁶⁷⁰ P. COUV RAT, *op. cit.*, p. 377.

¹⁶⁷¹ Et par la jurisprudence : Cass. crim., 2 sept. 2004, Bull. crim., n°197 ; D., 2004, I.R., p. 2623.

¹⁶⁷² P. COUV RAT, Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres, Rev. sc. crim., 1999, p. 376 et s.

de sécurité des tiers que par celle de réinsertion sociale »¹⁶⁷³. Consistant à accomplir certaines obligations ou à se soumettre à une injonction de soins, le juge de l'application des peines peut mettre à exécution tout ou partie de l'emprisonnement prononcé lors du jugement en cas d'irrespect par le condamné de ses obligations. Sa décision peut être frappée d'appel par le condamné devant la chambre des appels correctionnels¹⁶⁷⁴. Elle forme bien un acte juridictionnel.

284. C'est la loi du 15 juin 2000 qui a opéré la juridictionnalisation partielle de l'exécution des peines. Elle a ôté la qualification de mesure d'administration judiciaire à un certain nombre de décisions. Sont désormais juridictionnelles les décisions d'octroi, d'ajournement, de refus, de retrait ou de révocation concernant les mesures de placement à l'extérieur, de semi-liberté, de fractionnement et de suspension de peine, de placement sous surveillance électronique et de libération conditionnelle. Prises après débat contradictoire au cours duquel le parquet, le condamné et son avocat sont entendus, elles doivent être motivées et sont susceptibles d'appel devant la chambre des appels correctionnels. L'article 733-1 du C.P.P. n'est pas pour autant abrogé à l'époque. Il est juste « dégonflé » par la loi puisqu'il ne porte plus que sur trois mesures : les réductions de peine, les permissions de sortir et les autorisation de sortie sous escorte¹⁶⁷⁵. Qualifiées de mesures d'administration judiciaire, celles-ci conservent un régime juridique des plus contestables¹⁶⁷⁶. La dualité de catégories ainsi instaurée a été expliquée¹⁶⁷⁷. Bien qu'il faille saluer ce progrès, la discrimination entre les différentes mesures s'avère peu justifiée¹⁶⁷⁸.

285. La loi du 15 juin 2000 a par ailleurs généralisé la possibilité offerte au juge de l'application des peines de délivrer des mandats d'amener et d'arrêt, constitutifs d'actes coercitifs¹⁶⁷⁹. Jusque là,

¹⁶⁷³ P. COUVRAT, *op. cit.* ; V. aussi, P. SALVAGE, Le contrôle du délinquant après l'exécution de sa peine privative de liberté, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 697 et s., spéc. n°10, p. 703.

¹⁶⁷⁴ Ancien art. 763-5 du C.P.P. Aujourd'hui, art. 712-6, al. 4 et 712-11 du C.P.P.

¹⁶⁷⁵ P. COUVRAT, Le difficile passage du gué. De la décision d'administration judiciaire à la décision juridictionnelle, *Rev. sc. crim.*, 2001, chron., p. 425 et s., spéc. p. 426 ; F. LE GUNEHEC, Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Quatrième et dernière partie : dispositions concernant l'application des peines et l'après-jugement, *J.C.P.*, 2000, act., p. 1407 et s., spéc. n°4 et 5.

¹⁶⁷⁶ Le juge de l'application des peines continue à statuer, après avis de la commission de l'application des peines, sans motiver ses décisions, sans respect du principe du contradictoire, sans entendre de témoins, sans faire comparaître obligatoirement le condamné, sans présence de l'avocat. Seul le procureur de la République, membre de cette commission, peut exercer un recours pour violation de la loi devant le tribunal correctionnel, sauf pour les permissions de sortir.

¹⁶⁷⁷ C. LAZERGES, *op. cit.*, p. 499, expliquant que ces décisions sont liées à la détention au sens strict (octroi de réductions de peine, autorisation de sortie sous escorte et permission de sortir). « Dès qu'il s'agit de juger des mesures ou des modalités d'exécution des peines à proprement parler, de la judiciarisation on passe à la juridictionnalisation » ; P. PONCELA, Le chantier du droit de l'exécution des peines est ouvert. Quelques remarques sur la loi du 15 juin 2000, *Rev. sc. crim.*, 2000, p. 887 et s., spéc. p. 888, précisant que « la grande quantité de décisions prises pour ces catégories de mesures risquait de surcharger le rôle des nouvelles juridictions ».

¹⁶⁷⁸ En ce sens aussi, P. PONCELA, *op. cit.*, p. 887 et s. ; P. PONCELA, Droit de la peine, P.U.F., Thémis droit privé, 2^{ème} éd., 2001, p. 339 et 340 ; M.-E. CARTIER, La judiciarisation de l'exécution des peines, *Rev. sc. crim.*, 2001, p. 87 et s., spéc. p. 93 et 99 ; M. HERZOG-EVANS, La loi présomption d'innocence et l'exécution des peines : des avancées sur fond d'aberrations juridiques, Petites affiches du 24 août 2000 (1^{ère} partie), p. 4 et s. et Petites affiches du 25 août 2000 (2^{ème} partie), p. 4 et s., spéc. 2^{ème} partie, p. 6 et 7 ; P. COUVRAT, *op. cit.*, p. 428 ; S. MAIL-FOUILLEUL, *op. cit.*, n°19 et 20.

¹⁶⁷⁹ Ancien art. 722-2 du C.P.P. ; Art. 712-17 du C.P.P., aujourd'hui.

cette faculté est uniquement prévue en matière de suivi socio-judiciaire¹⁶⁸⁰. Dans les autres situations, le juge diffuse des ordres de recherche à la police lorsque l'individu se trouve en fuite¹⁶⁸¹ et décerne des ordres d'arrestation dans deux cas¹⁶⁸². Depuis la loi du 17 juillet 1970, sans doute dispose-t-il encore « d'un moyen de coercition » pour assurer la comparution du condamné devant lui, vu qu'il peut requérir le concours de la force publique à cette fin si l'intéressé ne répond pas à la convocation¹⁶⁸³. Mais comme ces prérogatives éparées n'ont résolu tous les problèmes posés par la pratique¹⁶⁸⁴, il est apparu nécessaire d'investir le juge de l'application des peines du pouvoir de délivrer des mandats de justice, à l'instar du juge d'instruction¹⁶⁸⁵. Abrogeant l'article 722-2 du C.P.P. créé par la loi du 15 juin 2000, la loi du 9 mars 2004 institue l'article 712-17, qui prévoit les mandats d'amener et d'arrêt du juge de l'application des peines. Elle étend leur délivrance à tous les condamnés placés sous le contrôle de ce juge¹⁶⁸⁶. D'ailleurs, celui-ci peut aussitôt adopter un autre acte coercitif : l'ordonnance d'incarcération provisoire du condamné qui se soustrait à ses obligations alors qu'il bénéficie d'un aménagement de peine¹⁶⁸⁷. La loi du 5 mars 2007 ajoute la possibilité pour le procureur de la République, en cas d'urgence et si le juge de l'application des peines ou le magistrat du siège délégué est empêché, de délivrer en lieu et place du juge un mandat d'amener¹⁶⁸⁸. Conscient d'octroyer un acte coercitif supplémentaire au ministère public, le législateur a encadré ce nouveau pouvoir, notamment en lui accordant le mandat le moins coercitif des deux¹⁶⁸⁹.

286. La juridictionnalisation de l'application des peines a finalement été complète avec la loi du 9 mars 2004. Cette loi étend la qualification d'acte juridictionnel à toutes les décisions prises par le juge de l'application des peines et généralise l'ouverture des voies de recours¹⁶⁹⁰. Elle abandonne « le qualificatif hybride » de mesure d'administration judiciaire et réécrit entièrement l'article 733-1 du

¹⁶⁸⁰ V. F. LE GUNHEC, *op. cit.*, n°10. Cette généralisation a été opérée « par coordination avec la juridictionnalisation ».

¹⁶⁸¹ Ancien art. 741-1 du C.P.P. L'ordre de recherche ne concerne que l'arrestation, il ne comporte pas la détention.

¹⁶⁸² A cet égard : R. VIALATTE, De certaines analogies existant entre les actes du juge d'instruction et du juge des enfants, et les actes du juge de l'application des peines, J.C.P., 1964, I, 1866, évoquant les articles 741-2 (probationnaire qui se soustrait aux obligations qui lui sont imposées : une incarcération provisoire est possible) et 733, al. 2 du C.P.P. (arrestation provisoire du libéré conditionnel en cas d'urgence).

¹⁶⁸³ A. LEGAL, Les pouvoirs du juge de l'application des peines et leur évolution, Rev. sc. crim., 1975, p. 311 et s., spéc. p. 317. Art. 741 du C.P.P., tel qu'issu de la loi de 1970. Ce texte a été modifié par la loi du 9 mars 2004.

¹⁶⁸⁴ Sur ce point, R. VIALATTE, *op. cit.* ; M. HERZOG-EVANS, *op. cit.*, 1^{ère} partie, p. 9.

¹⁶⁸⁵ D'aucuns l'ont réclamé de longue date, notamment les juges d'application des peines : V. P. FAUCHER, L'application des peines : combien de divisions ?, R.P.D.P., 2006, p. 799 et s., spéc. p. 808.

¹⁶⁸⁶ V. ultérieurement, M. HERZOG-EVANS, La loi relative à la prévention de la délinquance et l'exécution des peines, D., 2007, chron., p. 2174 et s., spéc. p. 2177. Ainsi la délivrance d'un mandat d'arrêt suspend, depuis sa date d'émission jusqu'à ce qu'il reçoive exécution, les délais d'épreuve ou d'exécution d'une mesure en cours, telle une libération conditionnelle : V. Cass. crim., 31 mai 2007, Bull. crim., n°150.

¹⁶⁸⁷ Art. 712-19 du C.P.P.

¹⁶⁸⁸ Art. 712-17, al. 3 du C.P.P. Un mandat d'arrêt ne saurait être délivré, le texte visant le seul mandat d'amener. L'urgence n'a pas été définie par le législateur, qui s'en remet aux juges du fond. Le parquetier doit en informer dès que possible le juge de l'application des peines. Si celui-ci ne reprend pas le mandat le premier jour ouvrable suivant, il n'est plus valable s'il n'a toujours pas été mis à exécution.

¹⁶⁸⁹ En outre, il ne pouvait pas accorder le mandat d'arrêt au parquet puisqu'il s'agit d'un acte juridictionnel à la différence du mandat d'amener, constitutif d'un acte d'instruction.

¹⁶⁹⁰ M. GIACOPELLI, Réforme du droit de l'application des peines (dispositions de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 relatives à l'exécution des peines privatives de liberté), D., 2004, chron., p. 2589 et s.

C.P.P.¹⁶⁹¹. « Personne ne le regrettera »¹⁶⁹². Une « solution moyenne » a toutefois été retenue par le législateur¹⁶⁹³. Les mesures relatives aux réductions de peine (ordinaire et spéciale), aux autorisations de sortie sous escorte et aux permissions de sortir prennent désormais la forme juridictionnelle. Mais elles ne sont pas qualifiées de jugement, contrairement à celles de l'article 712-6 du C.P.P.¹⁶⁹⁴. Il s'agit d'ordonnances aux termes de l'article 712-5 du C.P.P. Cette dichotomie entre deux sortes d'actes juridictionnels se traduit par une différence de procédure. En substance, le juge de l'application des peines prend sa décision après avis de la commission de l'application des peines, sauf urgence, pour les ordonnances¹⁶⁹⁵. Celles-ci doivent être motivées, tels les jugements. Elles sont susceptibles d'appel dans le délai de vingt-quatre heures suivant leur notification devant le président de la chambre de l'application des peines de la cour d'appel¹⁶⁹⁶, qui statue par ordonnance motivée¹⁶⁹⁷ au regard des observations écrites du parquet et celles du condamné ou de son avocat¹⁶⁹⁸. Les ordonnances demeurent néanmoins adoptées sans débat contradictoire¹⁶⁹⁹. Les jugements restent, eux, rendus après avis du représentant de l'administration pénitentiaire, à l'issue d'un débat contradictoire qui doit se tenir en chambre du conseil, au cours duquel le juge de l'application des peines entend les réquisitions du ministère public, les observations du condamné et, le cas échéant, celles de son avocat¹⁷⁰⁰. Ils peuvent être frappés d'appel dans les dix jours de leur notification devant la chambre de l'application des peines de la cour d'appel¹⁷⁰¹.

287. Tout en instaurant de nouveaux droits et garanties au profit du condamné, la loi Perben II a accru les pouvoirs du juge de l'application des peines¹⁷⁰². Ainsi la contrainte par corps, rebaptisée contrainte judiciaire par le législateur, dépend dorénavant en totalité de ce magistrat¹⁷⁰³. La nouvelle dénomination est censée refléter la juridictionnalisation de l'ancienne contrainte par corps. Il n'y a

¹⁶⁹¹ J.-P. CERE, La consécration de la juridictionnalisation du droit de l'application des peines par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004, R.P.D.P., 2004, p. 433 et s., spéc. p. 435. Retraçant toute cette évolution : J.-P. CERE, P. FAUCHER, Le juge de l'application des peines et le milieu fermé : entre évolutions et contre-révolutions, R.P.D.P., 2013, p. 521 et s.

¹⁶⁹² P. COUV RAT, Dispositions générales et nouvelle organisation judiciaire de l'application des peines. Commentaire des articles 159 et 161 de la loi du 9 mars 2004 dite loi Perben II, Rev. sc. crim., 2004, chron., p. 682 et s., spéc. p. 686. L'achèvement de la juridictionnalisation de l'application des peines a été salué : M. GIACOPELLI, *op. cit.*, p. 2591 et 2595

¹⁶⁹³ P. COUV RAT, Les dispositions relatives à l'application des peines de la loi Perben II, Dr. pénal, 2004, Etude n°8, n°5.

¹⁶⁹⁴ C'est-à-dire les mesures de placement à l'extérieur, de semi-liberté, de fractionnement et de suspension des peines, de placement sous surveillance électronique et de libération conditionnelle.

¹⁶⁹⁵ Pour davantage de détails sur la différence des procédures applicables : M. GIACOPELLI, *op. cit.*, p. 2591 ; J.-P. CERE, *op. cit.*, p. 435 et 436, pour une critique de la procédure suivie s'agissant des ordonnances.

¹⁶⁹⁶ Sur les nouvelles juridictions instituées par la loi du 9 mars 2004 : J.-Y. CHEVALLIER, L'application des peines dans le décret du 13 décembre 2004 (JAP, TAP, CHAPCA), Mélanges B. BOULOC, Dalloz, 2007, p. 137 et s.

¹⁶⁹⁷ La Cour de cassation vérifie l'existence de cette motivation : V. Cass. crim., 6 sept. 2006, Bull. crim., n°210.

¹⁶⁹⁸ Art. 712-12 du C.P.P. La victime n'a pas la qualité de partie aux décisions prises par le J.A.P., de sorte que son appel est irrecevable contre les décisions adoptées dans le cadre de l'exécution des peines : Cass. crim., 15 mars 2006, Bull. crim., n°81 ; A.J. pénal, 2006, p. 267, note M. HERZOG-EVANS ; R.P.D.P., 2006, p. 855, obs. P. MAISTRE DU CHAMBON.

¹⁶⁹⁹ V. art. 712-4 et 712-5 du C.P.P.

¹⁷⁰⁰ Art. 712-6, al. 1 du C.P.P.

¹⁷⁰¹ Art. 712-11, 2° et 712-13 du C.P.P.

¹⁷⁰² Sur l'accroissement considérable de ses compétences, J.-P. CERE, *op. cit.*, p. 434 ; P. COUV RAT, *op. cit.*, p. 686 et Les dispositions relatives (...), *op. cit.*, n°5 ; M. HERZOG-EVANS, Principes directeurs d'une réforme, A.J. pénal, 2004, dossier, p. 385 et s., spéc. p. 390 ; M. JANAS, Le nouveau rôle du JAP, A.J. pénal, 2004, p. 394 et s.

¹⁷⁰³ Art. 749 du C.P.P.

cependant pas création d'une nouvelle institution¹⁷⁰⁴. Elle constitue toujours une mesure privative de liberté comminatoire, destinée à garantir le recouvrement de créances pécuniaires¹⁷⁰⁵. Prononcée par le juge de l'application des peines sur requête du procureur de la République, lui-même saisi par le Trésor public, elle doit être décidée à l'issue d'un débat contradictoire au cours duquel le juge de l'application des peines entend les réquisitions du parquet ainsi que les observations du condamné et, éventuellement, celles de son avocat¹⁷⁰⁶. Elle est exécutoire par provision et peut faire l'objet d'un appel dans un délai de dix jours. La décision du juge de l'application des peines demeure par conséquent juridictionnelle¹⁷⁰⁷. Le juge a le choix de prononcer ou d'écarter la contrainte judiciaire d'après les dispositions des articles 749 et 754 du C.P.P.

288. C'est, en réalité, la nature juridique de la mesure elle-même, en d'autres termes lorsqu'elle est exécutée, qui suscite un vif débat. Dans l'arrêt *Jamil / France* du 8 juin 1995¹⁷⁰⁸, le juge européen affirme que la contrainte par corps constitue une peine au sens de la Convention¹⁷⁰⁹. La Cour de cassation reste, elle, très partagée. Sa chambre commerciale s'est ralliée à la position de la Cour de Strasbourg. Elle précise que la contrainte par corps doit être regardée comme une peine au sens de l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁷¹⁰, ou comme une détention à part entière au sens de l'article 5 §4 de la Convention¹⁷¹¹. La chambre criminelle y voit parfois une mesure à caractère pénal¹⁷¹². Mais elle la qualifie également de mesure d'exécution forcée des peines pécuniaires et refuse alors de l'analyser comme une peine¹⁷¹³. Cette divergence reflète l'incertitude classique de la jurisprudence sur la qualification de cette « institution hybride »¹⁷¹⁴. Les auteurs hésitent également. Quelques uns tranchent de façon catégorique¹⁷¹⁵.

¹⁷⁰⁴ En ce sens, S. DETRAZ, Rémanence et renaissance d'une institution : de la contrainte par corps à la contrainte judiciaire. Commentaire de l'article 198 de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, Dr. pénal, 2004, Etude n°14, n°8. V. aussi, M. HERZOG-EVANS, *op. cit.*, p. 390.

¹⁷⁰⁵ S. DETRAZ, *op. cit.*, n°1. Pour un exemple assez récent : Cass. crim., 4 mai 2011, Bull. crim., n°92, rappelant que toutes les ressources doivent être prises en considération pour juger de l'insolvabilité du condamné.

¹⁷⁰⁶ Art. 754, al. 3 du C.P.P., effectuant un renvoi à l'article 712-6 du C.P.P.

¹⁷⁰⁷ En ce sens également, du temps de la contrainte par corps : S. DETRAZ, La contrainte par corps, Thèse, Bordeaux IV, 2002, n°300 et s., p. 196 et s.

¹⁷⁰⁸ CEDH, 8 juin 1995, *Jamil / France*, n°11/1994/458/539, préc.

¹⁷⁰⁹ Solution réaffirmée par : CEDH, 2 juill. 2002, *Goktan / France*, Rev. sc. crim., 2003, p. 415, obs. F. MASSIAS.

¹⁷¹⁰ Cass. com., 16 mai 2000, Bull. civ. IV, n°104.

¹⁷¹¹ Cass. com., 18 juin 2002, Bull. civ. IV, n°107 ; D., 2002, I.R., p. 2170.

¹⁷¹² Cass. crim., 29 fév. 1996 (2 arrêts), Bull. crim., n°100 ; Dr. pénal, 1996, comm. n°135, note J.-H. ROBERT.

¹⁷¹³ Cass. crim., 24 sept. 1996, Bull. crim., n°328 ; D., 1996, I.R., p. 259 ; Cass. crim., 29 janv. 2003, Bull. crim., n°20 ; D., 2003, I.R., p. 807.

¹⁷¹⁴ R. KOERING-JOULIN, obs. sur CEDH, 8 juin 1995, Rev. sc. crim., 1996, p. 471. V. S. DETRAZ, La contrainte par corps, *op. cit.*, n°487 et s., p. 337 et s. ; S. DETRAZ, Contrainte judiciaire, Jcl. proc. pén., art. 749 à 762, fasc. 20, n°13 à 23, recensant les différentes qualifications civiles et pénales données à la contrainte par corps en jurisprudence – bien que la contrainte par corps soit exclue en matière civile –, telles voie d'exécution, mesure d'exécution, mesure d'exécution forcée, mesure d'exécution forcée des peines pécuniaires, mesure d'exécution des peines, mesure à caractère pénal, etc.

¹⁷¹⁵ V. L. NURY, Le processus de la répression : la contrainte par corps, Gaz. pal., 1997, II, doct., p. 1065 et s., spéc. p. 1067 : « La contrainte par corps n'est pas une peine, mais une voie d'exécution » ; D. LOCHOUARN, La contrainte par corps : nature, évolution, actualité, Rev. huissiers, 1998, p. 449 et s., spéc. p. 450 et 451 (voie d'exécution, rejet de son caractère répressif). Pour une position inverse : M. HERZOG-EVANS, Principes directeurs (...), *op. cit.*, p. 390, notant que « la jurisprudence de la chambre criminelle, qui persistait à ne pas y voir une peine (...) a été désavouée ».

D'autres semblent plus réservés¹⁷¹⁶. A la suite de M. DETRAZ¹⁷¹⁷, il est possible de considérer que la contrainte judiciaire est substantiellement une mesure privative de liberté¹⁷¹⁸ et juridiquement une mesure d'exécution des peines – au sens de l'article 112-2, 3° du Code pénal –¹⁷¹⁹. Il a été concédé que si *de jure* elle constitue une mesure d'exécution des peines, elle agit *de facto* comme une peine¹⁷²⁰. La loi du 9 mars 2004 n'a pas modifié sa nature¹⁷²¹. La contrainte judiciaire ne saurait recevoir la qualification de peine. Cette institution reste étrangère à la répression, elle n'a pas les mêmes finalités que la peine¹⁷²². Elle ne possède d'ailleurs pas son régime¹⁷²³. Attentatoire à la liberté individuelle, il s'agit plutôt d'un acte coercitif. La doctrine l'a parfois justement appréhendée ou qualifiée de la sorte¹⁷²⁴.

289. La juridictionnalisation de l'exécution des peines s'est poursuivie après 2004. En témoigne la loi du 12 décembre 2005¹⁷²⁵ qui introduit de nouvelles mesures en droit positif, en particulier le placement sous surveillance électronique mobile. Consistant à enregistrer par voie électronique les déplacements d'un condamné libéré (géolocalisation constante)¹⁷²⁶, il s'avère applicable après la libération dans un triple cadre post-carcéral : dans un suivi socio-judiciaire effectivement prononcé, dans une surveillance judiciaire ou dans une libération conditionnelle quand le suivi socio-judiciaire est encouru¹⁷²⁷. C'est un acte juridictionnel¹⁷²⁸, qualifié de mesure de sûreté¹⁷²⁹, voire de peine compte tenu de son insertion dans un chapitre intitulé « de la nature des peines » au sein du Code pénal¹⁷³⁰.

¹⁷¹⁶ V. A. LEGAL, La nature juridique de la contrainte par corps, Rev. sc. crim., 1965, chron., p. 867 et s., spéc. p. 868 et 869 ; M.-H. RENAUT, La contrainte par corps. Une voie d'exécution civile à coloris pénal, Rev. sc. crim., 2002, p. 791 et s., spéc. p. 808 ; S. DETRAZ, Rémanence et renaissance d'une institution (...), *op. cit.*, n°9 à 19.

¹⁷¹⁷ S. DETRAZ, La contrainte par corps, *op. et loc. cit.* ; S. DETRAZ, Rémanence (...), *op. et loc. cit.*

¹⁷¹⁸ Il s'agit d'un emprisonnement, d'une incarcération selon l'article 749 du C.P.P.

¹⁷¹⁹ S. DETRAZ, *op. cit.*, n°33, p. 19 et n°521, p. 372 et s. ; S. DETRAZ, Rémanence (...), *op. cit.*, n°14 et n°19.

¹⁷²⁰ S. DETRAZ, Rémanence (...), *op. cit.*, n°15, ajoutant que les qualifications législatives et supra-législatives s'opposent d'ailleurs (mesure d'exécution des peines en droit interne, peine en droit européen).

¹⁷²¹ S. DETRAZ, *op. cit.*, n°18.

¹⁷²² Elle sert à inciter le débiteur à s'acquitter de sa dette ou à en fournir caution comme le relève parfois la jurisprudence, afin d'en faire cesser les effets. Elle n'a pas pour finalité la rétribution, l'amendement, etc.

¹⁷²³ Ainsi l'article 761-1 dispose que « le condamné qui a subi une contrainte judiciaire n'est pas libéré du montant des condamnations pour lesquelles elle a été exercée ». En outre, l'article D. 115-5, 3° (relatif au crédit de réduction de peine) et l'article D. 116-1, 3° (relatif aux autres réductions de peine) ne s'appliquent pas à la contrainte judiciaire. Un auteur, pour qui la contrainte judiciaire constitue une peine, s'insurge contre cette solution : V. M. HERZOG-EVANS, Le décret du 13 décembre 2004. Application et inapplication de la loi Perben 2, D., 2005, chron., p. 1597 et s., spéc. p. 1598.

¹⁷²⁴ V. D. LOCHOUARN, *op. cit.*, p. 451 et 454 ; M.-H. RENAUT, *op. cit.*, p. 803 et 804 : « La contrainte par corps étant une mesure de coercition et non une peine (...) » ; Adde, S. DETRAZ, Contrainte judiciaire, Jcl. proc. pén., *op. cit.*, n°6, qui évoque « les mesures coercitives du Droit romain (...) » et se réfère à la contrainte judiciaire.

¹⁷²⁵ Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, relative au traitement de la récidive des infractions pénales, J.O. du 13 déc. 2005, p. 19152.

¹⁷²⁶ C'est la différence avec le placement sous surveillance électronique instauré par la loi du 19 décembre 1997, qui permet seulement de savoir si le condamné est présent ou absent du lieu où il est supposé se trouver. Son bracelet ne renseigne pas sur sa situation géographique.

¹⁷²⁷ V. J.-F. SEUVIC, La loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, Rev. sc. crim., 2006, chron., p. 355 et s., spéc. p. 357 et s.

¹⁷²⁸ V. art. 763-10 du C.P.P. ; Dans le même sens : M. HERZOG-EVANS, Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, D., 2006, chron., p. 182 et s., spéc. p. 188.

¹⁷²⁹ Art. 131-36-9 du C.P.

¹⁷³⁰ Il constitue donc aussi une nouvelle peine. Sur ce point, J.-H. ROBERT, Les murailles de silicium. Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, J.C.P., 2006, I, 116, not. n°20. Cette dualité de

Dès lors, le placement sous surveillance électronique mobile ne saurait être perçu comme un acte coercitif, qu'il soit prescrit dans le cadre du suivi socio-judiciaire¹⁷³¹, d'une surveillance judiciaire¹⁷³² ou d'une libération conditionnelle. Il est vrai que les mesures de sûreté connaissent un renouveau en matière pénale : le recours à cette notion rencontre un franc succès depuis plusieurs années, le législateur se révélant obnubilé par la prévention de la récidive¹⁷³³. Adoptées en principe par décision juridictionnelle, ces mesures, dont la rétention de sûreté reste la meilleure illustration¹⁷³⁴, ne constituent pas des actes coercitifs. Elles reçoivent la qualification de sanction, sinon de peine¹⁷³⁵. En fin de compte, des actes coercitifs empruntent la forme juridictionnelle. Parmi la multitude d'actes juridictionnels en procédure pénale, certains sont coercitifs. Le caractère partiel de ce rattachement ne saurait surprendre. L'acte coercitif appartient surtout à une autre catégorie d'actes.

§3 – Un rattachement principal aux actes de poursuite et d'instruction

290. L'article 7 du C.P.P. prévoit l'interruption de la prescription de l'action publique par l'accomplissement de tout acte d'instruction ou de poursuite¹⁷³⁶. Le législateur s'est bien gardé de

nature n'est pas inédite, elle fait penser à la confiscation qui est tantôt une peine complémentaire ou de substitution, tantôt une mesure de sûreté affectant les choses dangereuses : V. H. MATSOPOULOU, La confiscation spéciale dans le nouveau code pénal, *Rev. sc. crim.*, 1995, p. 301 et s.

¹⁷³¹ Art. 131-36-12, al. 2 du C.P.P., précisant que la mesure ne peut être mise en œuvre sans le consentement du condamné.

¹⁷³² Créée par la loi du 12 décembre 2005, la surveillance judiciaire forme « une modalité d'exécution de la peine qui a été prononcée par la juridiction de jugement » (C.C., 8 déc. 2005, n°2005-527 DC, préc., cons. 13 et 14). Elle repose non sur la culpabilité du condamné, mais sur sa dangerosité et a pour seul but de prévenir la récidive. Même si la décision qui adopte la surveillance judiciaire des personnes dangereuses condamnées pour crime ou délit est un jugement (art. 723-32 du C.P.P.), cette mesure s'analyserait en une mesure de sûreté (art. 723-29 du C.P.P. Sur cette qualification, destinée à éviter le régime de la peine : D. THOMAS, Quelques réflexions de politique criminelle à propos de certains aspects de la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, *Mélanges B. BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 1119 et s., spéc. p. 1129), voire comme une « sorte d'ersatz » du suivi socio-judiciaire, tant son contenu apparaît proche de cette peine (J.-H. ROBERT, *op. cit.*, n°4 et 34). Elle s'apparente à une sanction au sens européen et ne constitue pas, en tout cas, un acte coercitif.

¹⁷³³ H. MATSOPOULOU, Le renouveau des mesures de sûreté, *D.*, 2007, chron., p. 1607 et s.

¹⁷³⁴ Art. 706-53-13, al. 3 et 706-53-15 du C.P.P. Cette mesure consiste dans le placement de la personne concernée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposée, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de la mesure.

¹⁷³⁵ Sur la question dans les jurisprudences constitutionnelle et européenne, V. *supra*, n°13 et 37. La doctrine se montre partagée, car certains auteurs qualifient la rétention de sûreté de mesure de sûreté, à l'image du juge constitutionnel (G. ROUJOU DE BOUBEE, Les rétentions de sûreté, *D.*, 2008, p. 464 ; H. MATSOPOULOU, Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » (...), *op. cit.*, n°21 ; J. PRADEL, Une double révolution (...), *op. cit.*, n°7, p. 1002, n°15, p. 1004 et n°19, p. 1006 ; C. COURTIN, La surveillance post-carcérale des personnes dangereuses et l'application de la loi pénale dans le temps, *Dr. pénal*, 2008, Etude n°11, spéc. n°13) ; d'autres l'analysent comme une sanction punitive (P. CONTE, Aux fous ?, *Dr. pénal*, 2008, repère n°4 ; M. HERZOG-EVANS, La loi n°2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des « principes cardinaux » de notre droit, *A.J. pénal*, 2008, dossier, p. 161 et s., spéc. p. 162). Il semble bien que la rétention de sûreté corresponde à une véritable sanction. Comme il l'a été relevé, elle est davantage qu'une « mesure particulièrement coercitive », en ce sens qu'elle peut conduire à une perpétuité effective, à la différence d'une peine » (Y. MAYAUD, La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008, *D.*, 2008, chron., p. 1359 et s., spéc. p. 1364 et 1365). La différence avec la détention provisoire, qui constitue l'acte le plus coercitif en intensité comme en durée, se montre patente, celle-ci étant soumise à des délais butoirs et n'autorise qu'une incarcération limitée dans le temps. De toute façon, la pertinence de cette distinction entre la peine et la mesure de sûreté est critiquée et souvent remise en cause : V. not., D. REBUT, note sous Cass. crim., 26 nov. 1997, *D.*, 1998, jurispr., p. 495, à propos de l'interdiction d'exercer la profession d'agent immobilier ; Y. MAYAUD, *op. et loc. cit.*

¹⁷³⁶ L'article 7 évoque la matière criminelle mais l'interruption résultant de ce type d'actes est valable pour les délits et les contraventions, dont la prescription est traitée aux articles 8 et 9 du C.P.P. L'article 65, al. 1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse énonce, lui, que « l'action publique et l'action civile résultant des crimes, délits et contraventions prévus

définir ces actes, la loi ne précisant ni ce qu'est un acte de poursuite ni ce qu'il faut entendre par acte d'instruction¹⁷³⁷. Cette catégorie renferme pourtant la plupart des actes coercitifs, de sorte qu'il apparaît exclu de faire l'économie d'une définition. L'existence d'actes de police judiciaire au sein du Code de procédure pénale a compliqué la tâche. Ceux-ci doivent-ils être assimilés à des actes d'instruction ou bien à des actes de poursuite ? La question a nourri une controverse importante. Elle a même conduit la doctrine dans une impasse (A). La jurisprudence a fait fi d'un tel débat, ce qui lui a permis de trouver une issue (B).

A – L'impasse doctrinale : l'existence d'une controverse théorique

291. Ce n'est pas tant définir les actes de poursuite et d'instruction qui a suscité la controverse que rechercher la nature véritable des actes de police judiciaire. Si un accord partiel des auteurs sur la définition des premiers peut être relevé (1°), leur désaccord demeure complet sur ces derniers (2°).

1°- Un accord partiel sur la définition des actes de poursuite et d'instruction

292. A en croire GARRAUD, les actes de poursuite revêtent au fond une nature similaire aux actes d'instruction : l'acte d'instruction est un acte de poursuite qui opère *in rem*, alors que l'acte de poursuite *stricto sensu* opère *in personam*¹⁷³⁸. Mais en règle générale, les pénalistes distinguent, à juste titre, ces deux types d'actes. Selon ORTOLAN, l'acte de poursuite s'analyse comme « l'acte tendant à déférer à la justice la personne que l'on croit coupable »¹⁷³⁹. Il s'agit de l'acte qui intéresse la mise en mouvement et l'exercice de l'action publique, voire son jugement¹⁷⁴⁰. Tel est le cas des réquisitoires introductif, supplétif ou définitif adoptés par le parquet, de la citation directe devant le tribunal correctionnel ou de police, de la convocation par officier de police judiciaire, de la plainte avec constitution de partie civile déposée devant le magistrat instructeur, etc.

293. Si l'acte de poursuite concerne la fonction de poursuivre, l'acte d'instruction possède un objet distinct, renvoyant à la fonction d'instruire¹⁷⁴¹. Celle-ci tend à constater les infractions, à en rechercher

par la présente loi se prescrivent après trois mois révolus, à compter du jour où ils auront été commis ou du jour du dernier acte d'instruction ou de poursuite s'il en a été fait ». L'interruption de la prescription d'une infraction annihile le délai en partie écoulé et en fait courir un nouveau.

¹⁷³⁷ Pour le constat, V. déjà, J. LARGUIER, L'action publique et l'action civile dans le Code de procédure pénale, J.C.P., 1959, I, 1495, spéc. n°15.

¹⁷³⁸ R. GARRAUD, Traité théorique et pratique du droit pénal français, t. II, Librairie de la société du Recueil des lois et des arrêts, 1898, n°536, p. 398. *Adde*, P. CHAMBON, L'interruption de la prescription de l'action publique, Gaz. pal., 1953, doctr., p. 21 et s., spéc. p. 22, où il ne différencie pas clairement les deux notions.

¹⁷³⁹ ORTOLAN, Eléments de droit pénal, Plon, 1855, n°1663, p. 767.

¹⁷⁴⁰ G. STEFANI, L'acte d'instruction, *op. cit.*, n°5, p. 139 ; R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, n°56 : « (...), elle laisse dans l'ombre les actes de poursuite, qui comprennent tous les actes tendant à la mise en mouvement et à l'exercice de l'action publique ».

¹⁷⁴¹ *Ibid.*

et en rassembler les preuves¹⁷⁴². Il a justement été défini comme l'acte « qui tend à instruire, à éclairer l'autorité judiciaire, en recherchant et réunissant les éléments de preuve »¹⁷⁴³, ou encore comme « l'acte qui tend à la recherche et à la constitution d'une preuve, et qui est accompli, après l'ouverture du procès pénal, soit par un juge d'instruction ou sur délégation de ce dernier, par un officier de police judiciaire, soit par un autre juge. L'acte d'instruction, c'est essentiellement un acte de justice »¹⁷⁴⁴. Dans sa thèse consacrée à l'acte d'instruction, la professeur BOULOC a enfin montré qu'à côté de celui-ci, existent des actes d'administration et de juridiction¹⁷⁴⁵. Il l'a surtout appréhendé comme un acte qui tend à la manifestation de la vérité, accompli par un juge possédant au moins une aptitude à un pouvoir juridictionnel¹⁷⁴⁶. Ce serait cette qualité de l'auteur de l'acte (magistrat indépendant), élément subjectif, qui serait essentielle et primerait le critère du moment auquel l'acte de recherche intervient¹⁷⁴⁷. Il conclut alors qu'un acte d'instruction « n'est qu'un acte de poursuite assorti de garanties »¹⁷⁴⁸.

294. En tout cas, les actes d'instruction sont nombreux et fréquents. Appartiennent à cette catégorie, le transport sur les lieux, les perquisitions¹⁷⁴⁹ et saisies, les interrogatoires et confrontations, les auditions de témoins, les écoutes téléphoniques, les commissions rogatoires ou même l'enquête sur la personnalité des individus mis en examen et sur leur situation matérielle, familiale ou sociale¹⁷⁵⁰. La distinction à opérer entre les actes de poursuite et ceux d'instruction n'est pas si compliquée en réalité, dans la mesure où leur objet demeure différent¹⁷⁵¹. C'est parce qu'ils semblent posséder une fonction identique aux actes d'instruction que les actes de police judiciaire ont, en revanche, fait couler beaucoup d'encre.

¹⁷⁴² *Ibid.*

¹⁷⁴³ J. ORTOLAN, *op. et loc. cit.*

¹⁷⁴⁴ G. STEFANI, *op. cit.*, n°20, p. 153.

¹⁷⁴⁵ B. BOULOC, *op. cit.*, n°35 et s., p. 21 et s. Il s'agit du titre premier de la première partie. Toutefois, J. MARQUSET, *op. cit.*, adopte une vision très extensive de l'acte d'instruction. Il faut l'entendre comme « toute opération rendue nécessaire par la recherche de la vérité et aussi les décisions prises sous forme d'ordonnances, en d'autres termes tout ce que le juge peut faire en vertu des pouvoirs qu'il tient de la loi ». Par ordonnances, il convient de comprendre les seules ordonnances juridictionnelles (p. 42). Or, certaines ordonnances administratives peuvent être comprises comme de purs actes d'instruction, mais non les actes de juridiction qui n'ont pas, en général, pour objet la recherche de la vérité.

¹⁷⁴⁶ B. BOULOC, *op. cit.*, n°467 et 468, p. 330 et 331.

¹⁷⁴⁷ B. BOULOC, *op. cit.*, n°469, p. 331 et 332, où il argumente sa thèse en précisant que les actes réalisés par la police judiciaire sur commission rogatoire méritent la qualification d'actes d'instruction, le juge n'étant pas forcément celui qui doit procéder en personne à l'exécution matérielle (n°470, p. 332). Si on relit la définition de l'acte d'instruction fournie par le professeur STEFANI et reproduite au texte, le moment auquel l'acte intervient est l'un des critères retenus.

¹⁷⁴⁸ B. BOULOC, *op. cit.*, n°473, p. 334.

¹⁷⁴⁹ L'article 87 du C.I.C. énonçait que « la visite domiciliaire et la perquisition sont des actes d'instruction ».

¹⁷⁵⁰ Prévue à l'article 81, al. 6 du C.P.P.

¹⁷⁵¹ V. A. VARINARD, La prescription de l'action publique. Sa nature juridique : droit matériel, droit formel, Thèse, Lyon II, 1973, n°314, p. 298, où il est écrit que les actes de poursuite sont « *a priori* faciles à déterminer ».

2° - Un désaccord complet sur la nature des actes de police

295. Selon un auteur ayant étudié l'acte policier judiciaire, « est un acte policier tout acte accompli, dans l'exercice de ses fonctions par un fonctionnaire actif de la Police nationale ou de la Gendarmerie nationale »¹⁷⁵². Cette approche n'aide guère à saisir l'acte de police. Plus éclairants, les travaux de M. BUISSON mettent l'accent sur la contrainte inhérente à ce genre d'actes¹⁷⁵³. D'après cet auteur, l'acte de police renferme l'exercice de la contrainte et assure, ce faisant, la réalisation du droit¹⁷⁵⁴. Acte matériel, il est pris par un agent de la force publique, non pas seulement dans le but de parvenir à la manifestation de la vérité – finalité intermédiaire – mais pour assurer la sauvegarde de l'ordre public (la réalisation du droit) – finalité globale –¹⁷⁵⁵. Ainsi peuvent être regardés comme des actes de police, le recours à un technicien, le contrôle d'identité, la garde à vue, l'audition de témoins, les fouilles à corps, les visites de véhicules, les perquisitions et saisies... Certains actes prévus au stade des enquêtes de police se retrouvent donc dans le cadre d'une information judiciaire.

296. La doctrine s'est alors demandée si les actes de police doivent être assimilés à des actes d'instruction, autrement dit s'ils revêtent la même nature juridique que ceux-ci. La question s'est posée avec une acuité particulière à partir de 1937, date à laquelle la Cour de cassation a conféré un effet interruptif aux actes de l'enquête officieuse, même non assortis d'un procès-verbal de constatation¹⁷⁵⁶. Par la suite, le Code de procédure pénale de 1958 a prévu, dans ses articles 68 et 72, que les actes réalisés lors des enquêtes tant par les policiers que par le procureur de la République et le magistrat instructeur, constituent des actes de police judiciaire¹⁷⁵⁷. Le terme d'« acte de police judiciaire ou d'instruction » apparaît également à l'article 291 du C.P.P.

297. Face à une telle difficulté juridique, la doctrine se trouve divisée¹⁷⁵⁸. Sans entrer dans le détail de chacune des opinions émises, trois courants de pensée se sont affrontés de manière schématique. D'aucuns ont refusé d'assimiler les actes de police aux actes d'instruction, aux motifs qu'ils ne

¹⁷⁵² G. FOURNIER, L'acte policier judiciaire, Thèse, Rennes I, 2 tomes, 1979, p. 281. Après avoir montré l'indifférence du cadre dans lequel il se déroule, police administrative ou police judiciaire, l'auteur précise que le domaine de l'acte policier judiciaire ne se limite pas au domaine de l'acte de police judiciaire (p. 282 et s.).

¹⁷⁵³ V. J. BUISSON, L'acte de police, *op. cit.*

¹⁷⁵⁴ J. BUISSON, *op. cit.*, p. 1127.

¹⁷⁵⁵ J. BUISSON, *op. cit.*, p. 397 et 398, p. 405 et s.

¹⁷⁵⁶ V. Cass. crim., 15 avril 1937, S., 1938, I, p. 233, note L. HUGUENEY.

¹⁷⁵⁷ Aujourd'hui dans le cadre d'une enquête sur infraction flagrante, si l'article 68 du C.P.P. mentionne toujours, dans son deuxième alinéa, que « le procureur de la République accomplit alors tous actes de police judiciaire prévus au présent chapitre », en revanche l'article 72 a été amputé puisque le deuxième alinéa précisant que « le juge d'instruction accomplit alors tous actes de police judiciaire prévus au présent chapitre », a été abrogé par la loi du 23 juin 1999.

¹⁷⁵⁸ Sur ce débat, H. MATSOPOULOU, Les enquêtes de police, *op. cit.*, n°1009 et s., p. 807 et s., rappelant que sous l'empire du C.I.C., les actes de recherche des preuves des infractions étaient perçus comme des actes d'instruction dans la mesure où l'enquête préliminaire n'ayant pas encore été légalisée, seule l'instruction préparatoire existait dans la loi.

présentent pas les mêmes garanties pour les libertés et les droits de la défense¹⁷⁵⁹. Seuls les actes accomplis après le déclenchement des poursuites offriraient de véritables garanties. Aussi méritent-ils d'être qualifiés d'actes d'instruction¹⁷⁶⁰. Ceux effectués avant l'ouverture de l'information par les O.P.J. et le parquet ne sauraient, au contraire, recevoir cette qualification. Il s'agit simplement d'actes de police judiciaire, comme le rappelle l'article 68 du C.P.P. (et l'article 72 auparavant). D'autres auteurs¹⁷⁶¹ ont encore refusé d'ériger les actes de police judiciaire en actes d'instruction. A l'appui de leur raisonnement, ils soulignent à nouveau l'absence de garanties de ce type d'actes¹⁷⁶². Selon eux, les actes des policiers ou des agents qui enquêtent sont transmis au parquet et facilitent sa décision sur l'action publique. Ils constituent par conséquent des actes de poursuite¹⁷⁶³.

298. La plupart des auteurs considèrent cependant que les actes de police judiciaire se rattachent à la catégorie des actes d'instruction¹⁷⁶⁴. Ils refusent de les analyser en des actes de poursuite¹⁷⁶⁵. Il est vrai que les actes de police judiciaire possèdent le même objet que les actes d'instruction : ils intéressent la recherche des preuves afin de découvrir la vérité¹⁷⁶⁶. Pour certains d'entre eux, ils partagent en plus un aspect coercitif, notamment lors de l'enquête sur infraction flagrante. C'est le cas des perquisitions et saisies, de la garde à vue, de l'appréhension d'un individu, des moyens de contrainte utilisés à l'encontre des personnes convoquées et défaillantes... Lorsque l'enquête porte sur une infraction entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 du C.P.P. (criminalité organisée), des écoutes téléphoniques sont possibles à l'image de ce qui se passe dans le cadre d'une information¹⁷⁶⁷. En résumé, ces deux sortes d'actes semblent revêtir une nature similaire. Certes, les actes de police judiciaire ne sont pas accomplis par un magistrat indépendant et les droits de la défense

¹⁷⁵⁹ G. STEFANI, *op. cit.*, n°14 et 15, p. 146 à 148, n°18 à 20, p. 150 à 153. V. aussi, A. VARINARD, *op. cit.*, n°318, p. 301 et n°323, p. 304 ; R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, n°317, indiquant qu' « il serait inexact, maintenant, de dire que les actes de l'enquête (de flagrance) sont des actes d'instruction ».

¹⁷⁶⁰ Il convient de nuancer cette opinion. Dans l'enquête préliminaire, certains actes nécessitent l'accord d'un magistrat pour être effectués, en l'occurrence le juge des libertés et de la détention (autorisation de perquisitionner sans le consentement du citoyen par exemple). De tels actes présentent alors tout de même des garanties.

¹⁷⁶¹ B. BOULOC, *op. cit.*, n°320 et s., p. 218 et s. ; H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, n°1016 et 1017, p. 812 à 814.

¹⁷⁶² V. B. BOULOC, *op. cit.*, n°323, p. 221 ; H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, n°1016, p. 813. *Contra*, G. FOURNIER, *op. cit.*, p. 369 et 370 : « Il est ainsi excessif de voir, par postulat, dans l'instruction, une phase privilégiée quant aux garanties qu'elle est susceptible d'offrir ; ou bien il faut convenir que la participation policière à l'instruction oblitère ces garanties, ou il faut admettre qu'elles doivent aussi exister lorsque le policier agit d'initiative ».

¹⁷⁶³ B. BOULOC, *op. cit.*, n°324 à 328, p. 222 à 225 ; H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, n°1017, p. 814 : « Pour nous, les enquêtes sont des actes apparentés non pas aux actes d'instruction mais aux actes de poursuite (...) ».

¹⁷⁶⁴ V. G. QUERIAUX, *La garde à vue*, Thèse, Paris, 1965, p. 160, 162 et 163 ; M.-L. RASSAT, *Le ministère public (...)*, *op. cit.*, n°218 et s., p. 164 et s. ; G. DENIS, *L'enquête préliminaire. Etude théorique et pratique*, éd. Police-Revue, 1974, préf. A. TOUFFAIT, n°416, p. 336 et n°426, p. 346 ; F. CASORLA, *Le procureur de la République et la mise en état des affaires pénales*, Thèse, Poitiers, 1981, p. 93 ; J. BUISSON, *op. cit.*, p. 594, 598 et 599 ; S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op. cit.*, n°1400.

¹⁷⁶⁵ V. not., M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n°220, p. 165 et n°223, p. 167. Toutefois, la pensée de l'auteur semble avoir évolué : Comp., M.-L. RASSAT, *Traité (...)*, *op. cit.*, n°301 : « (...) ou bien les actes d'enquête sont des actes d'instruction et ils interrompent la prescription, ou bien, diligentés sous la direction du ministère public ils sont des actes de poursuite, qualification qui nous paraît, d'ailleurs bien meilleure et... ils interrompent la prescription ».

¹⁷⁶⁶ Art. 14, al. 1 du C.P.P., disposant que la police judiciaire « est chargée, suivant les distinctions établies au présent titre, de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte ».

¹⁷⁶⁷ Art. 706-95 du C.P.P.

apparaissent moins bien assurés qu'au cours d'une information¹⁷⁶⁸. Mais ceci ne suffit pas à leur dénier la qualité d'actes d'instruction. Ils se distinguent de la sorte des actes de poursuite, qui, n'ayant pas le même objet, ne possèdent pas de caractère coercitif *a priori*. La jurisprudence ne s'est pas embarrassée de ce débat doctrinal. Elle s'est montrée pragmatique.

B – L'issue jurisprudentielle : l'indifférence de la controverse théorique

299. Focalisée sur l'interruption de la prescription, la Cour de cassation a feint d'ignorer les discussions théoriques sur la nature de l'acte de police judiciaire. Elle n'a pas davantage cherché à définir précisément les notions d'acte de poursuite et d'instruction. En adoptant un critère finaliste, elle retient une conception très extensive de l'expression inscrite à l'article 7 du C.P.P. (1°). Elle va même jusqu'à confondre les deux types d'actes en une notion unique. Une telle confusion demeure contestable (2°).

1°- Une conception extensive des actes de poursuite et d'instruction par l'adoption d'un critère finaliste

300. En l'absence de définition légale des actes d'instruction et de poursuite, la jurisprudence pouvait logiquement recourir à un critère organique pour procéder à leur détermination. L'acte pris par une autorité de poursuite aurait été qualifié d'acte de poursuite, tandis que celui émanant d'une autorité d'instruction aurait été regardé comme un acte d'instruction¹⁷⁶⁹. Pourtant, ce n'est pas le critère utilisé d'ordinaire par la chambre criminelle¹⁷⁷⁰. Elle privilégie l'objet de l'acte, c'est-à-dire sa finalité. Dès lors, les actes interruptifs sont ceux qui traduisent une volonté répressive de la part de leur auteur. Ce critère finaliste suppose une appréciation *in concreto* des circonstances dans lesquelles l'acte a été adopté¹⁷⁷¹. Au fond, la Cour de cassation n'a pas eu besoin – et ne s'est guère souciée – de définir avec précision les deux sortes d'actes interruptifs¹⁷⁷². Elle se préoccupe davantage de savoir si l'acte interrompt la prescription plutôt que de déterminer sa nature exacte¹⁷⁷³. Dans une formule très

¹⁷⁶⁸ V. pourtant, C.C., 11 août 1993, n°93-326 DC, préc., cons. 12 : le droit de la personne gardée à vue de s'entretenir avec un avocat constitue « un droit de la défense qui s'exerce durant la phase d'enquête de la procédure pénale ».

¹⁷⁶⁹ V. P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n°167.

¹⁷⁷⁰ *Ibid.* Ces auteurs font néanmoins remarquer qu'« en certaines hypothèses, la jurisprudence retient un critère organique : toutes les décisions qui émanent d'une juridiction sont interruptives de la prescription, quel que soit leur contenu » et citent un arrêt. V. aussi, P. MAISTRE DU CHAMBON, note sous Cass. crim., 20 fév. 2002, J.C.P., 2002, II, 10075, n°2, pour qui la référence au critère organique est bien ce qui se passe en pratique, « mais seulement à titre subsidiaire ».

¹⁷⁷¹ P. MAISTRE DU CHAMBON, note préc. V. justement : Cass. crim., 28 juin 2005, Bull. crim., n°194.

¹⁷⁷² A. VARINARD, *op. cit.*, n°327, p. 308.

¹⁷⁷³ A. VARINARD, *op. cit.*, n°327, p. 309.

générale, elle pose que les actes d’instruction ou de poursuite ont « pour objet de constater les délits, d’en découvrir ou convaincre les auteurs »¹⁷⁷⁴.

301. L’emploi d’une formule aussi large a conduit la jurisprudence à étendre de façon constante la liste des actes de poursuite et d’instruction¹⁷⁷⁵. Celle-ci veut limiter au maximum le jeu de la prescription de l’action publique¹⁷⁷⁶. Sans prétendre à l’exhaustivité¹⁷⁷⁷, elle a rangé parmi ces actes le dépôt d’une plainte avec constitution de partie civile devant le juge d’instruction lorsque la consignation prévue à l’article 88 du C.P.P. est versée dans le délai fixé¹⁷⁷⁸, ainsi que la constitution de partie civile par voie d’intervention¹⁷⁷⁹, le réquisitoire aux fins d’informer¹⁷⁸⁰, supplétif et définitif du parquet¹⁷⁸¹, les réquisitions aux fins de citation en justice¹⁷⁸², les réquisitions d’ordonnance pénale, écrites, datées et signées, qui satisfont en la forme aux conditions essentielles de leur existence¹⁷⁸³, la requête aux fins de désignation d’un nouveau juge d’instruction¹⁷⁸⁴, la citation directe devant le tribunal correctionnel ou de police¹⁷⁸⁵, le mandement par lequel le ministère public requiert un huissier de justice de délivrer une citation à comparaître devant la juridiction répressive¹⁷⁸⁶, la délivrance du titre exécutoire en matière de contravention donnant lieu au recouvrement de l’amende forfaitaire majorée prévue par l’article 529-2, alinéa 2, du C.P.P.¹⁷⁸⁷, ou encore la convocation envoyée par le

¹⁷⁷⁴ Cass. crim., 24 nov. 1887, Bull. crim., n°395 ; Cass. crim., 9 mai 1936, Gaz. pal., 1936, II, p. 249. Cette formule, pratiquement inchangée ensuite, a été souvent reprise : V. par ex., Cass. crim., 16 déc. 1976, Bull. crim., n°371 ; Cass. crim., 2 fév. 1978, Bull. crim., n°41 ; Cass. crim., 18 juin 1979, Bull. crim., n°211.

¹⁷⁷⁵ V. J. DANET, La prescription de l’action publique : quels fondements et quelle réforme ?, A.J. pénal, 2006, dossier, p. 285 et s., spéc. p. 286.

¹⁷⁷⁶ Mais encore faut-il qu’un acte d’instruction ou de poursuite soit au moins accompli durant le délai de prescription de l’action publique, sinon celle-ci se trouve acquise : Cass. crim., 16 oct. 2013, Bull. crim., n°192 ; Rev. sc. crim., 2013, p. 803, obs. (critiques) Y. MAYAUD et p. 833, obs. X. SALVAT ; A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 30, note (critique) J. PRADEL (cassation au visa de l’article 7 du C.P.P. et application de la lettre même de ce texte).

¹⁷⁷⁷ V. H. HELFRE, Essai de liste des actes interruptifs et des actes non interruptifs de prescription de l’action publique, Gaz. pal., 1987, doctr., p. 427 et s. ; C. HARDOUIN-LE GOFF, L’oubli de l’infraction, L.G.D.J., 2008, Bibl. sc. crim., t. 44, préf. A. DECOCQ, n°790 et s., p. 369 et s.

¹⁷⁷⁸ V. Cass. crim., 23 oct. 1979, Bull. crim., n°293 ; Cass. crim., 9 déc. 1980, Bull. crim., n°341 ; Cass. crim., 23 avril 1985, Bull. crim., n°155 ; Cass. crim., 20 fév. 1986, Bull. crim., n°70 (arrêt n°1) ; Cass. crim., 20 oct. 1993, Bull. crim., n°303 ; Cass. crim., 14 nov. 1995, Bull. crim., n°347.

¹⁷⁷⁹ Cass. crim., 1er oct. 2003, Bull. crim., n°178.

¹⁷⁸⁰ Cass. crim., 24 nov. 1887, Bull. crim., n°395 ; Cass. crim., 19 avril 1958, Bull. crim., n°323.

¹⁷⁸¹ Cass. crim., 11 oct. 1961, Bull. crim., n°394 ; Cass. crim., 27 avril 2004, Bull. crim., n°99. Rapp., Cass. crim., 31 mai 2012, Bull. crim., n°142 (requête du parquet portant devant le tribunal un incident contentieux relatif à l’exécution d’une sentence pénale).

¹⁷⁸² Cass. crim., 13 nov. 1991, Bull. crim., n°406 ; Cass. crim., 24 oct. 2007, Bull. crim., n°258.

¹⁷⁸³ Cass. crim., 4 déc. 2013, Bull. crim., n°249.

¹⁷⁸⁴ Cass. crim., 22 janv. 2014, Bull. crim., n°20 ; A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 142, obs. J.-B. PERRIER.

¹⁷⁸⁵ Cass. crim., 2 mars 1854, Bull. crim., n°59 ; Cass. crim., 21 janv. 1954, Bull. crim., n°28 ; Cass. crim., 20 nov. 1968, Bull. crim., n°306 ; Cass. crim., 30 mars 2004, B.I.C.C., n°867. Mais la jurisprudence précise que la décision du procureur de la République d’engager des poursuites judiciaires doit être concrétisée par un acte de procédure : Cass. crim., 18 juin 1979, Bull. crim., n°211. La citation directe devant le tribunal correctionnel ou le tribunal de police émanant de la partie civile constitue, de même, un acte de poursuite.

¹⁷⁸⁶ La Cour de cassation a évolué sur la nature de cet acte. Elle l’a d’abord analysé comme un acte d’administration judiciaire, lui refusant la qualification d’acte de poursuite : Cass. crim., 20 juin 1978, Bull. crim., n°204. Puis, elle est revenue sur cette solution et l’a qualifié d’acte de poursuite : Cass. crim., 28 janv. 1988, Bull. crim., n°44 ; Cass. crim., 13 fév. 1990, Bull. crim., n°74. Le mandement de citation transmis par le procureur général au procureur de la République en vue de la saisine de l’huissier constitue un acte de poursuite : Cass. crim., 13 déc. 2005, Bull. crim., n°331.

¹⁷⁸⁷ Cass. crim., 4 déc. 2013, Bull. crim., n°248 ; Cass. crim., 15 janv. 2014, Bull. crim., n°13.

procureur de la République à une personne en vue de l'entendre sur une plainte dont elle est l'objet¹⁷⁸⁸. Il s'agit aussi des instructions (ou ordres ou réquisitions) du parquet, comme celles données par le procureur général au procureur de la République à l'effet de procéder à des recherches en vue de découvrir l'adresse d'un prévenu¹⁷⁸⁹, ou celles fournies à un O.P.J. dès lors qu'elles constituent l'exercice des pouvoirs que le parquetier tient des dispositions de l'article 75 du C.P.P. pour l'exécution des enquêtes préliminaires¹⁷⁹⁰.

302. Dans l'affaire dite « des disparues de l'Yonne », la Cour de cassation a affirmé, de manière générale, « qu'interrupt le cours de la prescription de l'action publique tout acte du procureur de la République tendant à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale »¹⁷⁹¹. Les soit-transmis du ministère public sont donc des actes de poursuite¹⁷⁹². En outre, tous les jugements et arrêts rendus au fond ou avant-dire droit¹⁷⁹³, telles les décisions de remise de cause¹⁷⁹⁴, demeurent assimilés à des actes de poursuite, voire d'instruction. L'opportunité dont fait preuve la chambre criminelle dans le but de faire échec à la prescription reste contestable : les actes de juridiction possèdent une nature différente des actes de poursuite ou d'instruction¹⁷⁹⁵. L'exercice des voies de recours, comme l'appel, l'opposition ou le pourvoi en cassation participe aussi de cette catégorie d'actes¹⁷⁹⁶. La dénonciation

¹⁷⁸⁸ Cass. crim., 27 avril 2000, Bull. crim., n°173.

¹⁷⁸⁹ Cass. crim., 3 juin 2004, Bull. crim., n°152. Rapp., Cass. crim., 17 déc. 2008, Bull. crim., n°261.

¹⁷⁹⁰ Cass. crim., 19 oct. 1976, Bull. crim., n°295 ; Cass. crim., 17 nov. 1976, Bull. crim., n°331 ; Cass. crim., 3 janv. 1985, Bull. crim., n°5 ; Cass. crim., 22 janv. 1990, Bull. crim., n°39. *Adde*, Cass. crim., 3 juin 2004, Bull. crim., n°151.

¹⁷⁹¹ Cass. crim., 20 fév. 2002, Bull. crim., n°42 ; J.C.P., 2002, II, 10075, note P. MAISTRE DU CHAMBON, préc. ; Rev. sc. crim., 2003, chron., p. 585, obs. A. GIUDICELLI ; Cass. crim., 1^{er} fév. 2012, Bull. crim., n°35 ; R.P.D.P., 2012, p. 153, obs. C. AMBROISE-CASTEROT (formulation identique).

¹⁷⁹² Cass. crim., 17 nov. 1980, Bull. crim., n°302 (la transmission de la procédure faite par le parquet à l'administration en vue d'une transaction est un acte de poursuite) ; Cass. crim., 5 janv. 2000, Bull. crim., n°2 ; Dr. pénal, 2000, comm. n°123, note A. MARON ; Cass. crim., 6 fév. 2007, Bull. crim., n°30 ; Cass. crim., 5 mars 2013, Bull. crim., n°58 (l'acte par lequel un procureur de la République transmet la procédure, pour compétence, en application de l'article 43 du C.P.P., à un procureur de la République près un autre tribunal constitue un acte de poursuite interruptif de prescription) ; Cass. crim., 20 fév. 2002, préc. (demande du parquet adressée à une administration pour l'interroger sur le sort de personnes disparues de manière suspecte) ; Cass. crim., 14 mai 2008, Bull. crim., n°116 ; Cass. crim., 13 janv. 2009, Bull. crim., n°14 ; Cass. crim., 1^{er} fév. 2012, préc. ; Rapp., Cass. crim., 12 déc. 2012, Bull. crim., n°278. En matière de presse, le soit-transmis du parquet n'est interruptif de prescription que s'il répond aux exigences de l'article 65, al. 2 de la loi de 1881 : Cass. crim., 14 fév. 1995, Bull. crim., n°66 ; Cass. crim., 22 juin 2010, Bull. crim., n°114 ; Cass. crim., 22 mai 2012, Bull. crim., n°130.

¹⁷⁹³ Cass. crim., 23 mars 1912, D., 1912, I, p. 161 ; Cass. crim., 5 mars 2002, Bull. crim., n°53 ; Rev. sc. crim., 2004, chron., p. 132, obs. A. GIUDICELLI ; Dr. pénal, 2002, comm. n°79, note A. MARON (3^{ème} arrêt, s'agissant d'un arrêt de chambre de l'instruction statuant sur une requête en nullité de la procédure). Mais les jugements et arrêts ne doivent pas être rendus à la suite d'une citation déclarée nulle : V. Cass. crim., 12 mai 1971, Bull. crim., n°154.

¹⁷⁹⁴ Cass. crim., 1^{er} avril 1963, Bull. crim., n°142 ; Cass. crim., 24 janv. 1973, Bull. crim., n°39 ; Cass. crim., 11 mai 1988, Bull. crim., n°206 ; Cass. crim., 14 fév. 1989, Bull. crim., n°74 ; Cass. crim., 9 oct. 2007, Bull. crim., n°239.

¹⁷⁹⁵ Sauf à considérer qu'une annulation de procédure, par exemple, si elle « n'a pas pour objet de faire avancer la connaissance de la vérité au sens commun du terme, a bien pour objet de faire avancer la connaissance judiciaire de la vérité, de faire progresser l'instruction, dans le respect des règles posées par le Code de procédure pénale ». Elle peut alors être perçue comme « un acte de l'instruction » et la chambre de l'instruction, lorsqu'elle annule une partie de la procédure, « accomplit un acte d'instruction » : A. MARON, note sous Cass. crim., 5 mars 2002, Dr. pénal, 2002, comm. n°79. Cette vision très extensive de l'acte d'instruction est contestable au regard de la définition de cette notion. C'est avec ce genre d'explications que la jurisprudence a étendu de façon excessive la liste des actes d'instruction et de poursuite. Par ailleurs, certains auteurs souhaitent introduire le principe de la prescription absolue afin d'éviter que des infractions soient poursuivies très longtemps après leur commission, alors que les preuves essentielles ont pu disparaître : V. B. BOULOC, Remarques sur l'évolution de la prescription de l'action publique, Mélanges C. GAVALDA, Propos impertinents de droit des affaires, Dalloz, 2001, p. 57 et s., spéc. p. 68.

¹⁷⁹⁶ Par ex., Cass. crim., 4 mai 1960, Bull. crim., n°238 ; Cass. crim., 25 janv. 1993, Bull. crim., n°39.

officielle adressée par l'autorité étrangère aux fins de jugement en France de délits commis par un français à l'étranger s'analyse en un acte de poursuite¹⁷⁹⁷ ; et les actes de poursuite ou d'instruction accomplis à l'étranger interrompent la prescription pour les infractions poursuivies en France, peu importe l'effet attaché à ces actes par la loi étrangère au regard de son système de prescription¹⁷⁹⁸.

303. Par ailleurs, la jurisprudence confère aux actes de l'enquête de police (préliminaire, sur infraction flagrante, de mort suspecte¹⁷⁹⁹, etc) la qualification d'actes d'instruction. C'est le cas des auditions, enquêtes de voisinage, filatures, mais aussi de la consultation du fichier national des immatriculations¹⁸⁰⁰, de la réquisition adressée par un O.P.J. au fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG)¹⁸⁰¹, en bref de toutes les investigations¹⁸⁰² diligentées par les O.P.J. ou A.P.J. afin de réunir les éléments de preuve destinés au magistrat du parquet ainsi en mesure de se décider sur l'opportunité des poursuites¹⁸⁰³. A l'occasion de ces enquêtes, de nombreux actes coercitifs sont généralement effectués : arrestations, placements en garde à vue, fouilles corporelles, perquisitions et saisies, retenues des témoins sur les lieux de l'infraction, obligation de déférer aux convocations, etc. Tous ces actes interrompent la prescription. Les procès-verbaux établis par les gendarmes ou policiers, qui tendent à la recherche et à la constatation des infractions dénoncées, constituent eux-mêmes des actes d'instruction¹⁸⁰⁴. Les actes accomplis par d'autres agents chargés du constat et de la recherche d'infractions spécifiques¹⁸⁰⁵, tout comme les procès-verbaux dressés dans le cadre de leur mission, possèdent une nature identique¹⁸⁰⁶.

¹⁷⁹⁷ Cass. crim., 12 oct. 2005, Bull. crim., n°260 ; Procédures, 2005, comm. n°287, note J. BUISSON. Cet auteur évoque « un acte préparatoire à la poursuite dès lors qu'il est indispensable à l'exercice de l'action publique ».

¹⁷⁹⁸ V. déjà, Cass. crim., 15 sept. 1984, Bull. crim., n°272 ; V. surtout, Cass. crim., 24 sept. 1998, Bull. crim., n°234. L'arrestation opérée à l'étranger, à la suite d'une demande d'extradition et en vertu d'une décision de condamnation, est un acte interruptif : Cass. crim., 5 nov. 1953, Bull. crim., n°288.

¹⁷⁹⁹ V. à cet égard, Cass. crim., 6 juin 1991, Bull. crim., n°243.

¹⁸⁰⁰ Cass. crim., 19 juin 2012, Bull. crim., n°152.

¹⁸⁰¹ Cass. crim., 12 déc. 2012, Bull. crim., n°279. La réquisition vise à identifier l'auteur d'un crime. Il s'agit d'établir une comparaison entre les profils génétiques figurant dans ce fichier et celui déterminé à partir du prélèvement effectué sur le vêtement de la victime d'un viol. La qualification d'acte d'instruction est retenue.

¹⁸⁰² Cass. crim., 15 avril 1937, préc., S., 1938, I, p. 233, note L. HUGUENEY ; CA Paris, 19 juin 1958, J.C.P., 1958, II, 10806, note P. CHAMBON.

¹⁸⁰³ V. J.-L. LENNON, note sous Cass. crim., 1^{er} déc. 2004, D., 2005, jurispr., p. 1336, spéc. p. 1338.

¹⁸⁰⁴ Cass. crim., 11 fév. 1938, Bull. crim., n°41 ; Cass. crim., 13 oct. 1954, Bull. crim., n°292 ; Cass. crim., 26 janv. 1955, Bull. crim., n°64 ; Cass. crim., 7 mars 1961, Bull. crim., n°142 ; Cass. crim., 7 déc. 1966, Bull. crim., n°284 (procès-verbal constatant les vaines recherches pour l'identification de l'auteur d'une infraction) ; Cass. crim., 15 mai 1973, Bull. crim., n°222 ; Cass. crim., 23 mars 1994, Bull. crim., n°113 (procès-verbal de vaines recherches établi par un A.P.J.) ; Cass. crim., 23 juin 1998, Bull. crim., n°203 (procès-verbal recueillant la plainte de la victime d'une infraction) ; Cass. crim., 7 juin 2001, Bull. crim., n°142 ; Procédures, 2001, comm. n°200, note J. BUISSON ; Cass. crim., 4 déc. 2001, Dr. pénal, 2002, comm. n°79, note A. MARON ; Cass. crim., 9 juill. 2003, Bull. crim., n°139.

¹⁸⁰⁵ V. not., Cass. crim., 1^{er} déc. 2004, Bull. crim., n°303 ; Cass. crim., 30 nov. 2005, Bull. crim., n°313 (actes accomplis par les membres de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés ayant pour objet la constatation de l'infraction prévue par l'article 432-14 du Code pénal) ; Cass. crim., 8 avril 2010, Bull. crim., n°64 (*idem*).

¹⁸⁰⁶ Tel est le cas des procès-verbaux de l'administration des douanes émanant d'agents compétents : Cass. crim., 12 déc. 1977, Bull. crim., n°394 ; Cass. crim., 22 avril 1992, Bull. crim., n°171 ; Cass. crim., 21 mars 1994, Bull. crim., n°106. *Adde*, Cass. crim., 9 mars 2011, Bull. crim., n°52. Il en va de même pour les procès-verbaux dressés par les inspecteurs du travail : Cass. crim., 26 nov. 1985, Bull. crim., n°378 ; Cass. crim., 17 déc. 1991, Bull. crim., n°483. C'est encore le cas des procès-verbaux établis par les agents de la direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes : Cass. crim., 16 déc. 1976, Bull. crim., n°371, préc. ; Cass. crim., 6 janv. 1987, Bull. crim., n°2 ; Cass. crim., 2 juill. 1997, Bull.

304. *Stricto sensu*, les actes d’instruction sont surtout ceux effectués par le magistrat instructeur ou ses délégués, ou même par la chambre de l’instruction¹⁸⁰⁷, dans l’optique de faire progresser l’information. Ce sont, à titre exemple, la mise en examen¹⁸⁰⁸, l’ordre écrit adressé par le juge d’instruction aux O.P.J. aux fins de recherche d’une personne devant être entendue en qualité de témoin¹⁸⁰⁹, la convocation adressée par ce juge en vue de procéder à des auditions, interrogatoires ou confrontations¹⁸¹⁰, ces actes eux-mêmes et les procès-verbaux établis à leur suite¹⁸¹¹, de la note adressée par le juge d’instruction aux autorités compétentes d’un Etat étranger saisies d’une commission rogatoire internationale et précisant, à leur demande, les éléments nécessaires à son exécution¹⁸¹². Il s’agit également de l’avis donné à la partie civile de son droit de formuler une demande d’acte ou de présenter une requête en annulation¹⁸¹³, de la délivrance d’une commission rogatoire¹⁸¹⁴ ou d’un mandat¹⁸¹⁵, de « toute ordonnance rendue par le juge d’instruction »¹⁸¹⁶, du transport sur les lieux, des perquisitions et saisies, des écoutes téléphoniques, de la nomination ou du remplacement d’un expert¹⁸¹⁷ ainsi que de la notification d’un rapport d’expertise¹⁸¹⁸, de l’avis de fin d’information donné par le juge d’instruction aux parties¹⁸¹⁹.

305. Tout en interprétant de façon extensive l’expression légale « acte d’instruction ou de poursuite »¹⁸²⁰, la Cour de cassation a néanmoins posé certaines limites. Elle a d’abord ajouté une

crim., n°264 (qualification des procès-verbaux dressés par les agents de la D.G.C.C.R.F. d’actes de police judiciaire) ; Cass. crim., 9 mars 2010, Bull. crim., n°48 (*idem*).

¹⁸⁰⁷ V. Cass. crim., 30 avril 1996, Bull. crim., n°177.

¹⁸⁰⁸ Cass. crim., 16 oct. 2002, Procédures, 2003, comm. n°45, note J. BUISSON. Même la convocation prévue à l’article 80-2 du C.P.P., par laquelle le juge d’instruction avise une personne qu’il envisage de la mettre en examen, est un acte interruptif de prescription : Cass. crim., 9 juill. 2003, préc.

¹⁸⁰⁹ Cass. crim., 15 janv. 1990, Bull. crim., n°22.

¹⁸¹⁰ Cass. crim., 5 sept. 2006, Bull. crim., n°205. V. déjà, Cass. crim., 13 nov. 1952, Bull. crim., n°259 ; Gaz. pal., 1953, I, p. 156, préc. ; P. CHAMBON, L’interruption de la prescription (...), *op. cit.*, p. 22.

¹⁸¹¹ V. par ex., Cass. crim., 25 juill. 1960, Bull. crim., n°393 (procès-verbal d’audition d’une partie civile).

¹⁸¹² Cass. crim., 11 fév. 2009, Bull. crim., n°37.

¹⁸¹³ Cass. crim., 9 juin 1998, Bull. crim., n°188.

¹⁸¹⁴ Cass. crim., 11 janv. 1940, Gaz. pal., 1940, II, p. 231 ; Cass. crim., 10 avril 1959, Bull. crim., n°205 (solution implicite). Explicitement : Cass. crim., 12 nov. 2008, Bull. crim., n°228.

¹⁸¹⁵ Cass. crim., 3 janv. 1861, Bull. crim., n°1 (mandat de dépôt) ; Cass. crim., 24 nov. 1887, préc. (mandats de comparution, d’amener ou d’arrêt).

¹⁸¹⁶ Cass. crim., 10 fév. 2004, Bull. crim., n°36. Cette formule englobe les ordonnances juridictionnelles et les ordonnances administratives du juge d’instruction. Tel est le cas de l’ordonnance du juge d’instruction constatant le dépôt d’une plainte avec constitution de partie civile et fixant le montant de la somme à consigner pour couvrir les frais de la procédure : Cass. crim., 22 déc. 1976, Bull. crim., n°378 ; Cass. crim., 7 fév. 1984, Bull. crim., n°44. Il en va de même d’une ordonnance de soit-communicé : Cass. crim., 23 juin 1998, préc. S’agissant de l’ordonnance de refus de restitution d’objets placés sous main de justice, après avoir jugé qu’elle ne peut pas constituer un acte d’instruction ou de poursuite (Cass. crim., 7 fév. 2001, Inédit, n°00-82258), la Cour de cassation a opéré un revirement à juste titre (Cass. crim., 10 fév. 2004, préc., pour l’ordonnance de restitution d’objets saisis, mais la solution peut être étendue à l’ordonnance de refus de restitution, qui, elle, constitue un acte coercitif).

¹⁸¹⁷ Cass. crim., 24 nov. 1887, préc. (les ordonnances du juge d’instruction nommant des experts sont des actes de poursuite ou d’instruction) ; Cass. crim., 9 mai 1936, préc. ; Cass. crim., 22 juill. 1954, Bull. crim., n°272. Les experts n’ont toutefois pas qualité pour accomplir des actes de poursuite ou d’instruction : Cass. crim., 16 mars 1964, Bull. crim., n°97.

¹⁸¹⁸ Cass. crim., 5 mai 2004, Bull. crim., n°111. Mais ni le dépôt d’un rapport d’expertise ni les lettres adressées par un expert au tribunal ne sont des actes de poursuite ou d’instruction : Cass. crim., 29 mai 1991, Bull. crim., n°228.

¹⁸¹⁹ Cass. crim., 11 janv. 2000, Bull. crim., n°12.

¹⁸²⁰ Le professeur VARINARD a d’ailleurs analysé l’acte interruptif comme « un acte de procédure » qui intervient durant tout le procès pénal au sens large, c’est-à-dire « depuis la constatation de l’infraction jusqu’à la dernière décision rendue sur

condition de régularité de ces actes. Ceux-ci n'interrompent la prescription que s'ils émanent d'un officier public compétent et s'ils restent réguliers en la forme¹⁸²¹. Mais elle a atténué cette règle. Un acte irrégulier s'est vu conférer un caractère interruptif lorsque l'irrégularité est apparue par les actes subséquents¹⁸²², ou lorsque l'acte a été régulièrement effectué par un magistrat reconnu par la suite incompetent¹⁸²³.

306. De plus, la jurisprudence a privé bon nombre d'actes de l'effet interruptif. Elle les a exclus de la catégorie des actes d'instruction et de poursuite. Elle a refusé d'attribuer l'une ou l'autre de ces qualifications à une dénonciation¹⁸²⁴, une plainte simple¹⁸²⁵, même lorsqu'elle est un préalable nécessaire aux poursuites pénales¹⁸²⁶, un simple rapport de police non assorti d'un procès-verbal¹⁸²⁷, une demande de recherche de pièces de procédure adressée par le procureur de la République à son propre secrétariat¹⁸²⁸, une réquisition adressée à un O.P.J. aux fins d'entendre une personne paraissant être civilement responsable¹⁸²⁹, un mandement de citation rédigé et signé par le magistrat du parquet non transmis à un huissier en vue de sa délivrance¹⁸³⁰, une simple demande adressée au procureur de la République aux fins de désignation d'une juridiction par la chambre criminelle¹⁸³¹, une demande d'aide juridictionnelle¹⁸³² ou une requête en exonération d'une amende forfaitaire¹⁸³³.

l'ultime voie de recours possible » : A. VARINARD, *op. cit.*, n°384, p. 362. V. C. HARDOUIN-LE GOFF, *op. cit.*, n°808, p. 375 à 377, rappelant qu'il subsiste un domaine dans lequel la jurisprudence ne s'est pas livrée à de telles extensions, celui des infractions de presse relevant de la loi de 1881. V. Cass. crim., 20 oct. 1992, Bull. crim., n°330 ; Cass. crim., 24 nov. 1999, Bull. crim., n°276 ; Cass. crim., 16 sept. 2014, n°13-85457, E.C.P.B.

¹⁸²¹ V. Cass. crim., 15 mars 1961, Bull. crim., n°163 ; Cass. crim., 12 mai 1971, Bull. crim., n°154 ; Cass. crim., 7 fév. 1980, Bull. crim., n°52 ; Cass. crim., 3 avril 1997, Bull. crim., n°134 ; Cass. crim., 21 juin 2005, Bull. crim., n°184 (les actes d'information annulés par une chambre de l'instruction n'interrompent ni ne suspendent la prescription de l'action publique) ; Cass. crim., 29 sept. 2009, Bull. crim., n°161 (presse) ; Cass. crim., 5 mars 2014, n°12-88080, E.C.P.B. (la signification d'un jugement qui encourt la nullité n'interrompt pas la prescription).

¹⁸²² Cass. crim., 16 mars 1988, Bull. crim., n°131 ; D., 1989, jurispr., p. 496, note H. FENAUX.

¹⁸²³ Cass. crim., 16 mars 1988, préc. En revanche, la saisine d'une juridiction dont l'incompétence territoriale est manifeste au moment où elle est saisie n'interrompt pas la prescription : Cass. crim., 8 sept. 2004, Bull. crim., n°202.

¹⁸²⁴ Rapp., Cass. crim., 13 sept. 2011, Bull. crim., n°178, pour de simples renseignements destinés à guider d'éventuelles investigations de police judiciaire, non constitutifs d'actes de police judiciaire.

¹⁸²⁵ Cass. crim., 10 mai 1972, Bull. crim., n°167 ; Cass. crim., 11 juill. 2012, Bull. crim., n°169. *Adde*, Cass. crim., 25 juin 1970, Bull. crim., n°218. Le procès-verbal qui recueille la plainte de la victime d'une infraction constituée, lui, un acte d'instruction : Cass. crim., 23 juin 1998, préc.

¹⁸²⁶ Cass. crim., 17 mai 1989, Bull. crim., n°204 (plainte de l'administration des impôts du chef de fraude fiscale) ; Cass. crim., 7 avril 1992, Bull. crim., n°146 ; Cass. crim., 1^{er} mars 1993, Dr. pénal, 1993, comm. n°166, note J.-H. ROBERT ; Cass. crim., 19 mai 2005, Bull. crim., n°150 ; Cass. crim., 23 fév. 2011, Bull. crim., n°37.

¹⁸²⁷ Cass. crim., 6 janv. 1965, Bull. crim., n°4.

¹⁸²⁸ Cass. crim., 19 fév. 2008, Bull. crim., n°41.

¹⁸²⁹ Cass. crim., 28 juin 1988, D., 1988, I.R., p. 236.

¹⁸³⁰ Cass. crim., 16 fév. 1999, Bull. crim., n°21 ; Cass. crim., 2 sept. 2004, Bull. crim., n°199. Mais il a été récemment jugé qu'en application des articles 7, 8 et 551 du C.P.P., le mandement par lequel le ministère public requiert un huissier de justice de délivrer une citation à comparaître devant la juridiction répressive constitue un acte de poursuite. En l'absence de preuve contraire, la date de la cédule de citation doit être retenue comme date d'envoi à l'huissier : Cass. crim., 3 déc. 2013, Bull. crim., n°246.

¹⁸³¹ Cass. crim., 4 nov. 1986, Bull. crim., n°321.

¹⁸³² Cass. crim., 19 mars 1987, Bull. crim., n°130.

¹⁸³³ Cass. crim., 15 sept. 2010, Bull. crim., n°136.

307. Elle a encore refusé cette qualification aux actes d'une procédure administrative¹⁸³⁴ ou aux mesures d'administration judiciaire¹⁸³⁵. Il n'empêche qu'il paraît difficile d'arguer de la prescription de l'action publique. D'une part, l'acte d'instruction ou de poursuite produit un effet *erga omnes*, c'est-à-dire à l'égard de tous les auteurs, connus ou inconnus, coauteurs et complices de l'infraction¹⁸³⁶. D'autre part, l'accomplissement d'un de ces actes pour une infraction connexe à une autre engendre le même effet interruptif à l'égard de la seconde¹⁸³⁷. Finalement, la catégorie des actes d'instruction *lato sensu*, comprenant les actes de police judiciaire accomplis au cours des enquêtes préliminaire et de flagrance, semble renfermer la majorité des actes attentatoires aux libertés individuelles, les actes coercitifs. Mais ceux-ci s'avèrent étrangers aux actes de poursuite. La confusion des notions d'acte d'instruction et d'acte de poursuite apparaît donc contestable. Or, la Cour de cassation ne s'est pas cantonnée à donner une interprétation très compréhensive de l'expression « acte d'instruction ou de poursuite », elle a parfois confondu les deux notions.

2°- Une confusion contestable des actes de poursuite et d'instruction en une notion unique

308. Le manque de précision et les fluctuations de la jurisprudence sur la qualification de certains actes devaient l'amener à une aberration¹⁸³⁸. Celle-ci a procédé à une confusion des actes de poursuite et d'instruction en une seule notion. Dans un arrêt du 13 novembre 1952¹⁸³⁹, la Cour de cassation précise que l'ordonnance rendue par le juge d'instruction, par laquelle il mande à tous huissiers et agents de la force publique d'assigner un témoin à comparaître devant lui pour être entendu, constitue « un acte d'instruction et de poursuite » (*sic*). De même, elle affirme, le 26 juillet 1988¹⁸⁴⁰, que les procès-verbaux de l'administration des douanes « constituent des actes d'instruction et de poursuite, interruptifs comme tels de la prescription » (*sic*). Sans doute la qualification exacte de ces procès-

¹⁸³⁴ Cass. crim., 9 janv. 1958, Bull. crim., n°47 ; Cass. crim., 23 janv. 1963, Bull. crim., n°42 ; Cass. crim., 16 avril 1992, Bull. crim., n°167.

¹⁸³⁵ V. par ex., Cass. crim., 19 fév. 2008, préc., affirmant que le classement sans suite n'est pas un acte de poursuite au sens des articles 7 et 8 du C.P.P. Il constitue en effet une mesure d'administration judiciaire.

¹⁸³⁶ Cass. crim., 23 nov. 1954, Bull. crim., n°343 ; Cass. crim., 19 janv. 1967, Bull. crim., n°32 ; Cass. crim., 11 juill. 1972, Bull. crim., n°235 ; Cass. crim., 20 fév. 1985, Bull. crim., n°83 ; Cass. crim., 5 juill. 1993, Bull. crim., n°239 ; Cass. crim., 1er déc. 2004, Bull. crim., n°301.

¹⁸³⁷ Cass. crim., 16 déc. 1975, Bull. crim., n°283 ; Cass. crim., 28 oct. 1992, Bull. crim., n°350 ; Cass. crim., 6 juin 1996, Bull. crim., n°243 ; Cass. crim., 28 mai 2003, Bull. crim., n°108 ; Cass. crim., 1er déc. 2004, Bull. crim., n°304 ; Dr. pénal, 2005, comm. n°31, note A. MARON ; Cass. crim., 19 sept. 2006, Bull. crim., n°228 ; Cass. crim., 23 juill. 2014, n°13-82193, E.C.P.B. Cependant, la connexité ou l'indivisibilité ne peuvent avoir pour effet de faire revivre l'action publique lorsque la prescription est déjà acquise : Cass. crim., 22 sept. 1998, Bull. crim., n°232 ; Rev. sc. crim., 1999, chron., p. 344, obs. A. GIUDICELLI. Il a été refusé de transmettre au juge constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les dispositions des articles 7, 8 et 9 du C.P.P., relatives à la prescription de l'action publique, telles qu'interprétées par la chambre criminelle et aux termes de laquelle par l'effet de la connexité (art. 203 du C.P.P.), un acte interruptif de prescription à l'égard d'une infraction interrompt la prescription à l'égard des infractions qui lui sont connexes : Cass. Ass. plén., 20 mai 2011, Bull. Ass. plén., n°5 ; Cass. Ass. plén., 20 mai 2011, Bull. Ass. plén., n°7 ; Cass. Ass. plén., 20 mai 2011, Bull. Ass. plén., n°8 ; D., 2011, pan., p. 2231, obs. J. PRADEL.

¹⁸³⁸ Ainsi les actes accomplis au cours de l'enquête officieuse, devenue l'enquête préliminaire avec le Code de procédure pénale, ont d'abord été qualifiés d' « actes d'instruction ou de poursuite », puis d' « actes de poursuite », puis d' « actes d'instruction » : V. A. VARINARD, *op. cit.*, p. 309, note n°42, pour des exemples et les références des décisions.

¹⁸³⁹ Cass. crim., 13 nov. 1952, Bull. crim., n°259 ; Gaz. pal., 1953, I, p. 156.

¹⁸⁴⁰ Cass. crim., 26 juill. 1988, Bull. crim., n°305.

verbaux apparaît-elle accessoire d'un point de vue pratique. Assimilés à des actes d'instruction, ils interrompent la prescription de l'action publique. Assimilés à des actes de poursuite, ils conservent cet effet.

309. Seulement, l'acte d'instruction se révèle différent de l'acte de poursuite¹⁸⁴¹, même si tous deux bénéficient d'un régime commun du point de vue de la prescription de l'action publique. Les notions se distinguent par leur objet propre, de sorte qu'elles ne sauraient se confondre. Il semble insatisfaisant de qualifier un acte à la fois d'acte de poursuite et d'instruction. Or, force est d'admettre qu'avec de telles décisions, la catégorie devient « fongible »¹⁸⁴². Attachée à attribuer un effet interruptif à de nombreux actes, la Cour de cassation a omis de dissocier deux notions distinctes. En négligeant de s'interroger sur la nature de ces actes¹⁸⁴³, elle a balayé d'un trait toutes les discussions doctrinales – qui auraient pu, il est vrai, la conduire à son tour dans une impasse –. Ce faisant, elle s'est contentée d'une analyse superficielle de ces notions, aboutissant à leur regrettable confusion. Une telle confusion s'avère, certes, uniquement théorique, sans incidence pratique.

310. Dissimulé sous les concepts classiques de la procédure pénale, l'acte coercitif peut être identifié. Attentatoire aux libertés individuelles, il ne peut jamais constituer une mesure d'administration judiciaire. Il apparaît incompatible avec cette notion. Cet acte semble aussi se démarquer de l'acte de poursuite, dont l'objet réside dans le déclenchement et l'exercice de l'action publique. En revanche, il peut revêtir la nature d'un acte juridictionnel, même si la plupart du temps, il s'agit d'un acte de police judiciaire ou d'un acte d'instruction. L'acte coercitif se rattache à trois qualifications différentes en résumé. Quoiqu'il en soit, il est inadéquat aux catégories juridiques traditionnelles. Se rattachant à plusieurs catégories, il les transcende. Celles-ci ne permettent pas de souligner sa spécificité. Elles témoignent plutôt de leur inadaptation par rapport à celui-ci.

Section II – Inadaptation des catégories traditionnelles au regard de l'acte coercitif

311. Incontestablement, l'acte coercitif appartient à la réalité juridique. Le fait qu'il soit occulté par les catégories juridiques usuelles ne change rien. Sa principale particularité reste sa nature hétérogène. Entamant les libertés individuelles, les actes coercitifs sont les plus graves de la procédure pénale¹⁸⁴⁴. Ce trait singulier va mettre en exergue l'inadaptation des catégories traditionnelles. En effet, l'acte

¹⁸⁴¹ Le professeur BOULOC l'a suffisamment démontré dans sa thèse consacrée à l'acte d'instruction.

¹⁸⁴² P. MAISTRE DU CHAMBON, note sous Cass. crim., 20 fév. 2002, préc.

¹⁸⁴³ Pour l'explication, P. MAISTRE DU CHAMBON, note préc. : « Ces quelques exemples (...) suffisent à démontrer que la catégorie des actes interruptifs est juridiquement imprécise, ce qui n'est pas surprenant s'agissant d'une catégorie reposant sur un critère finaliste conduisant à s'interroger sur la volonté de son auteur, plus que sur la nature de l'acte lui-même ».

¹⁸⁴⁴ Une fois les sanctions punitives mises de côté, notamment les mesures de sûreté, comme la rétention de sûreté.

coercitif apporte non seulement une autre conception théorique (§1), mais aussi certaines solutions pratiques (§2).

§1 – L’acte coercitif : l’apport d’une autre conception théorique

312. En procédure pénale, la taxinomie actuelle des actes ignore l’opposition entre les actes coercitifs et les actes non coercitifs¹⁸⁴⁵. Elle se contente de discerner trois grandes catégories, les mesures d’administration judiciaire, les actes de juridiction et ceux de poursuite et d’instruction. Cette distinction tripartite semble fondée sur la gravité respective de ces trois types d’actes. Le critère de discrimination consiste en l’absence ou l’existence – et alors l’importance – du grief susceptible d’être généré. En logique, la modification de ce critère pourrait changer cette division tripartite. L’acte coercitif permet précisément de le modifier et de lui en substituer un autre. C’est dire qu’une classification différente des actes émerge en procédure pénale (A). Pour être effective, encore faut-il qu’elle présente un intérêt (B).

A – Emergence d’une classification différente des actes en procédure pénale

313. Les juristes bénéficient d’une grande liberté pour choisir leurs principes de classifications, sous réserve que ceux-ci apparaissent comme les plus pertinents¹⁸⁴⁶. Constitués de traits multiples, les objets peuvent être classés de manière différente selon le trait retenu¹⁸⁴⁷. Il est alors envisageable de proposer un autre critère de distinction des actes en procédure pénale. Au critère de la gravité de l’acte, reposant sur l’importance du grief engendré et aboutissant à un classement en trois catégories, peut être préféré celui de l’existence d’une atteinte aux libertés individuelles. Un tel système conserve l’idée de gravité de l’acte. Cependant, il l’approfondit et la précise davantage. La classification oppose désormais les actes qui portent atteinte aux libertés individuelles à ceux qui n’ont pas ce caractère. Cette distinction entre actes coercitifs et non coercitifs peut-elle instituer une *summa divisio* des actes en la matière ? La réponse semble positive. L’étude de l’organisation de cette *summa divisio* (2°) suppose de vérifier que celle-ci remplit certaines conditions (1°).

1°- Les conditions de la *summa divisio*

314. La division bipartite entre les actes coercitifs et les actes non coercitifs nécessite la réunion de deux conditions afin d’être valable. Il faut, d’une part, que l’acte coercitif constitue une catégorie alternative (a) et, d’autre part, qu’il forme une catégorie limitative (b). Tel est bien le cas.

¹⁸⁴⁵ Pourtant bien présente dans la jurisprudence de la chambre criminelle : V. Cass. crim., 6 fév. 1996, préc.

¹⁸⁴⁶ C. EISENMANN, Quelques problèmes (...), *op. cit.*, n°14 et 15, p. 36.

¹⁸⁴⁷ C. EISENMANN, *op. cit.*, n°15, p. 36 ; J.-L. BERGEL, Différence de nature (...), *op. cit.*, n°12, p. 264.

a) L'acte coercitif, catégorie alternative

315. En prévoyant dans son article 516 que tous les biens sont meubles ou immeubles, le Code civil établit des catégories alternatives. De même, toute personne est capable ou incapable, bien que des degrés dans l'incapacité subsistent¹⁸⁴⁸. Chaque classification demeure une division bipartite entre deux catégories qui s'opposent par l'existence ou l'absence d'un élément déterminé ou par deux caractères antinomiques¹⁸⁴⁹. Ces deux catégories s'excluent de façon réciproque, elles sont alternatives. Aussi, un objet ne saurait être rattaché à une catégorie et, en même temps, à celle qui lui est opposée, sauf s'il s'agit d'une situation composite appelée « hybride »¹⁸⁵⁰. Par exemple, un bien ne peut pas constituer simultanément un meuble et un immeuble¹⁸⁵¹. Il ne peut être une chose et son contraire.

316. Ce principe de taxinomie se révèle parfaitement applicable à l'acte coercitif. Tout acte adopté en procédure pénale constitue soit un acte coercitif, soit un acte non coercitif. S'il appartient à l'une de ces deux catégories, il ne peut en aucun cas se rattacher à l'autre. Il s'agit bien de catégories alternatives qui restent exclusives l'une de l'autre. Il est ainsi exclu d'analyser la garde à vue, les perquisitions et saisies, les écoutes téléphoniques, etc, à la fois comme des actes coercitifs et des actes non coercitifs. Les hybrides apparaissent de plus rarissimes en procédure pénale. Ou bien l'acte en question porte atteinte aux libertés individuelles ou bien il ne réalise pas une telle atteinte¹⁸⁵². En somme, la catégorie des actes coercitifs présente bien un aspect alternatif. Est-elle également limitative ?

b) L'acte coercitif, catégorie limitative

317. Dans une distinction bipartite, les catégories ne doivent pas toutes deux être fermées¹⁸⁵³. Une d'entre elles doit rester suffisamment ouverte pour pouvoir comprendre de nouvelles notions ou de nouvelles entités. En d'autres termes, « il faut que, dans chaque classification, si l'une des catégories est limitative, l'autre soit résiduelle »¹⁸⁵⁴. Pour reprendre l'article 516 du Code civil, il est admis que les meubles forment la catégorie ouverte qui renferme tous les biens ne pouvant se définir comme des immeubles. Les meubles constituent donc une catégorie résiduelle alors que les immeubles instituent

¹⁸⁴⁸ V. J.-L. BERGEL, *op. cit.*, n°15, p. 265.

¹⁸⁴⁹ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit, op. cit.*, n°189.

¹⁸⁵⁰ *Ibid.*

¹⁸⁵¹ Certains biens meubles sont, certes, qualifiés d'immeubles par destination. Mais ils appartiennent alors à la catégorie des immeubles et non à celles des meubles.

¹⁸⁵² Il est vrai que l'atteinte aux libertés individuelles, en principe réelle, peut n'être que virtuelle dans certains cas, comme avec le mandat d'arrêt si la personne n'est pas retrouvée. Mais, dans cette hypothèse, le mandat n'est pas pour autant un acte non coercitif.

¹⁸⁵³ J.-L. BERGEL, *op. cit.*, n°186.

¹⁸⁵⁴ *Ibid.*

une catégorie limitative, car tout ce qui n'est pas immeuble s'analyse en un meuble¹⁸⁵⁵. La doctrine évoque parfois des catégories jointives¹⁸⁵⁶. La distinction à opérer entre la catégorie résiduelle et la catégorie limitative n'est cependant pas toujours aisée. Pour les distinguer, il convient en général de déterminer le principe et ses exceptions. Le principe fournit la catégorie résiduelle, les exceptions correspondant à la catégorie limitative¹⁸⁵⁷. Cela évite les « trous » dans le « quadrillage des qualifications »¹⁸⁵⁸.

318. Cette approche afférente aux classifications peut être appliquée à l'acte coercitif. Celui-ci forme-t-il une catégorie résiduelle ou limitative ? Les actes non coercitifs semblent de prime abord beaucoup plus nombreux que les actes coercitifs. Il s'agit des mesures d'administration judiciaire, de la plupart des actes juridictionnels¹⁸⁵⁹ et d'une bonne partie des actes de poursuite et d'instruction¹⁸⁶⁰. Quantitativement, les actes coercitifs apparaissent comme l'exception. Cela reste logique dans la mesure où l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen érige la liberté en principe. Tout acte qui ne peut s'analyser en un acte coercitif mérite d'être regardé comme non coercitif. De plus, les actes coercitifs sont les plus graves, puisqu'ils portent atteinte aux libertés individuelles. Aussi est-il naturel qu'ils soient strictement encadrés. L'article préliminaire du Code de procédure pénale le rappelle à juste titre. Dans l'esprit du législateur, ces actes constituent l'exception. Ils forment la catégorie limitative et les actes non coercitifs correspondent à la catégorie résiduelle. Ceci étant, la question reste de savoir comment cette nouvelle *summa divisio* va s'organiser.

2°- L'organisation de la *summa divisio*

319. La catégorie de l'acte coercitif s'oppose à celle de l'acte non coercitif. Elle ne doit pas en revanche être opposée à celle de l'acte juridictionnel. Un même acte peut en effet se rattacher à une catégorie générale, mais également à une ou plusieurs de ses sous-catégories¹⁸⁶¹. Par conséquent, un acte peut être coercitif et constituer un acte d'instruction ou bien un acte de juridiction¹⁸⁶². Loin d'être

¹⁸⁵⁵ *Ibid.* Pour un autre exemple, il est possible d'indiquer que les individus capables correspondent à la catégorie résiduelle (catégorie générale), alors que les incapables constituent la catégorie limitative.

¹⁸⁵⁶ H. CROZE, Recherche sur la qualification (...), *op. cit.*, n°169, p. 163 et 164.

¹⁸⁵⁷ J.-L. BERGEL, *op. et loc. cit.*

¹⁸⁵⁸ L'expression est du doyen CARBONNIER, cité par H. CROZE, *op. cit.*, n°169, p. 164. « Dans un tel cas (exemple des meubles et des immeubles), tout fait appartenant à la catégorie générale trouve nécessairement une qualification ».

¹⁸⁵⁹ Les ordonnances d'incompétence, de refus d'informer, d'irrecevabilité de la constitution de partie civile, de restitution des objets placés sous main de justice, de non lieu...

¹⁸⁶⁰ Comme les réquisitoires du ministère public (introductif, supplétif ou définitif), la constitution de partie civile, les soit-transmis du parquet, les procès-verbaux dressés par les O.P.J., le transport sur les lieux, les auditions de témoins, les commissions rogatoires...

¹⁸⁶¹ En ce sens, J.-L. BERGEL, *op. cit.*, n°181. Un contrat peut être à la fois synallagmatique, à titre onéreux, commutatif et consensuel. L'appartenance à plusieurs catégories, relevant chacune de classifications différentes, est tout à fait concevable.

¹⁸⁶² Il va falloir montrer que l'acte coercitif constitue bien la catégorie juridique générale et que les actes d'instruction et les actes juridictionnels ne forment que des sous-catégories.

alternatives, ces catégories sont au contraire cumulatives ou « emboîtées »¹⁸⁶³, en ce sens qu'elles demeurent compatibles entre elles. La classification hiérarchisée consiste à passer de la catégorie à la sous-catégorie¹⁸⁶⁴. Encore faut-il savoir quelle est la hiérarchie à respecter. Les classifications applicables à un même objet sont opérées, à cet égard, « par sédimentation successive en allant du général au particulier »¹⁸⁶⁵. Il a aussi été précisé que « les classifications sont souvent hiérarchisées selon une structure en treillis ou en arbre (...), les critères de classification se modifiant (d'un niveau à l'autre), les critères les plus pertinents de classification servant à discriminer les systèmes aux niveaux les plus élevés. Une classe de rang inférieur sera alors moins extensive et plus compréhensive que celle de rang supérieur dans la mesure où elle contient moins de systèmes, mais des systèmes plus proches les uns des autres ou possédant plus de propriétés communes »¹⁸⁶⁶. C'est alors le régime juridique de la catégorie de rang supérieur qui est appliqué à la catégorie inférieure. Les règles des diverses catégories se cumulent et en cas de conflit, une règle spéciale l'emporte sur une règle générale¹⁸⁶⁷.

320. Transposer ces considérations générales à l'acte coercitif apparaît tout à fait envisageable. En procédure pénale, la taxinomie actuelle des actes juridiques reste tripartite. Elle distingue les mesures d'administration judiciaire, les actes juridictionnels et les actes d'instruction et de poursuite. Si la première de ces catégories ne comprend que des actes non coercitifs, les deux dernières se composent de deux sous-catégories chacune, les actes coercitifs d'un côté et les actes non coercitifs de l'autre. Or, une classification différente peut, semble-t-il, la remplacer. Il suffit d'inverser cette hiérarchie. Il faut partir de la division des actes juridiques en deux grandes catégories alternatives : les actes coercitifs et les actes non coercitifs. Vu qu'ils attentent aux libertés individuelles, les premiers sont évidemment les plus graves. La catégorie renferme donc uniquement des actes générateurs d'un grief, c'est-à-dire des actes de juridiction et des actes de poursuite et d'instruction. Quant aux actes non coercitifs, non attentatoires aux libertés individuelles, ils se divisent en deux sous-catégories : les actes insusceptibles de faire grief ou ceux qui ne génèrent qu'un faible grief et les actes générateurs d'un grief. Les mesures d'administration judiciaire répondent à cette première sous-distinction, tandis que la seconde est formée aussi bien d'actes juridictionnels que d'actes de poursuite et d'instruction.

¹⁸⁶³ H. CROZE, *op. cit.*, n°168, p. 162.

¹⁸⁶⁴ J.-L. BERGEL, Différence de nature (...), *op. cit.*, n°14, p. 265. *Adde*, BUFFELAN, cité par H. CROZE, *op. cit.*, p. 160, note n°4 : « Créer une classification consiste à choisir des contenants (ou classes) hiérarchiquement ordonnés. Procéder à un classement consiste à mettre à sa place le contenu correspondant à un contenant ».

¹⁸⁶⁵ *Ibid.* L'auteur livre un exemple : « Ainsi sera-t-on en présence d'un acte juridique, d'un contrat, variété d'acte juridique, et d'un contrat synallagmatique, sorte de contrat ».

¹⁸⁶⁶ WALLISER, cité par H. CROZE, *op. cit.*, n°168, p. 162 et 163.

¹⁸⁶⁷ J.-L. BERGEL, Théorie générale (...), *op. cit.*, n°193. S'agissant, à l'inverse, de catégories alternatives, « la qualification dans l'une des catégories exclut l'application de l'autre et celle des règles qui lui sont propres. Il faut donc choisir entre l'une et l'autre » (n°192).

321. Rien ne s'oppose à l'inversion de la hiérarchie actuelle. On sait qu'un même acte peut être subsumé sous des catégories différentes. Or, l'acte coercitif reste occulté par les catégories traditionnelles. Pourquoi ne pas fonder la classification des actes en procédure pénale sur leur caractère coercitif ou non¹⁸⁶⁸ ? A cette fin, il convient de substituer le critère de l'existence d'un grief spécifique, l'atteinte portée aux libertés individuelles, à celui de l'importance du grief généré aboutissant à la distinction tripartite. La définition aristotélicienne peut encore être utilisée¹⁸⁶⁹. L'acte coercitif ne représente qu'une espèce d'un genre, ou catégorie plus large : l'acte juridique. Mais au regard de la garde à vue, des perquisitions, du contrôle judiciaire, du mandat d'arrêt, l'acte coercitif demeure la catégorie dont ces actes constituent des espèces. Ces actes divers, devant être rattachés à la catégorie des actes coercitifs, causent un grief particulier¹⁸⁷⁰. Ils sont donc justiciables du régime juridique de celle-ci¹⁸⁷¹. Parmi les espèces – c'est-à-dire les autres éléments constitutifs du genre –, il convient de déterminer leurs différences spécifiques. Par exemple, la perquisition et le mandat d'arrêt sont deux actes coercitifs (genre prochain), et en outre, deux espèces distinctes au sein de cette catégorie. La perquisition est un acte d'instruction ayant pour objet la manifestation de la vérité, tandis que le mandat d'arrêt s'analyse comme un acte juridictionnel par lequel le juge tranche une contestation. Il cause un grief important. L'existence de ce litige à trancher et la gravité du grief généré semblent être la principale différence entre ces deux actes.

322. Cependant, la catégorie de l'acte coercitif caractérise le regroupement d'objets homogènes, car tous les actes qui la composent portent atteinte aux libertés individuelles. Le fait que certains soient des actes de juridiction alors que d'autres constituent des actes d'instruction apparaît assez secondaire. En tout cas, cela n'est pas dirimant. Lorsque la doctrine pénale évoque les mesures coercitives ou les mesures de contrainte, elle tend davantage à souligner les points communs qui existent entre ces différents actes – tant en ce qui concerne leurs conditions que leurs effets – qu'à relever les distinctions présentes au sein de cette catégorie¹⁸⁷². Elle a raison de procéder de la sorte. L'acte coercitif forme une catégorie plus générale que l'acte de juridiction ou bien que l'acte de poursuite et d'instruction. Ces deux dernières catégories comprennent des actes qui doivent répondre aux conditions de nécessité et de proportionnalité, propres à tout acte coercitif¹⁸⁷³. De même, cet acte

¹⁸⁶⁸ L. HUSSON, cité par H. CROZE, *op. cit.*, p. 161, note n°5 : « (...) un même acte peut comporter plusieurs aspects, mais (...) tous ces aspects ne doivent pas être pris en considération, et (...) il faut tous les subordonner à l'un d'entre eux qui qualifie l'acte et en détermine la valeur juridique ».

¹⁸⁶⁹ V. M. DE BECHILLON, La notion de principe (...), *op. cit.*, p. 34 et 35, employant cette méthode (...) pour les principes généraux.

¹⁸⁷⁰ Pour des développements sur la question, V. *infra*, n°531 et s.

¹⁸⁷¹ V. M. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 35 : « Le genre prochain détermine ainsi la nature juridique du terme défini ».

¹⁸⁷² V. not., E. VERGES, Procédure pénale, *op. cit.*, n°355 et s., où il regroupe dans un chapitre intitulé « les mesures de contraintes », la garde à vue, les mandats, le contrôle judiciaire, la surveillance électronique et la détention provisoire. Or, contrairement à la garde à vue qui constitue un acte d'instruction – ou un acte de police judiciaire dans la phase d'enquête –, le contrôle judiciaire et la détention provisoire sont des actes juridictionnels. Rapp., S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op. cit.*, n°2107, évoquant la nécessité de la perquisition qui répond ainsi « à une exigence constitutionnelle pour toute mesure coercitive », et n°2016, à propos du contrôle judiciaire (même exigence, alors qu'il s'agit d'un acte de juridiction).

¹⁸⁷³ Art. prélim., III, du C.P.P. Il transcende donc les catégories juridiques actuelles.

implique l'instauration de garanties, comme le contrôle d'un magistrat. Les modalités et les formes de ces garanties passent alors au second plan. Par ailleurs, tout acte coercitif ouvre le droit d'intenter un recours – ou tel devrait être toujours le cas –, indépendamment de la forme qu'il prend. Il se traduit en principe par un appel s'il s'agit d'un acte juridictionnel et par une requête en annulation s'il s'agit d'un acte d'instruction¹⁸⁷⁴. De ce point de vue, l'inversion de la hiérarchie des catégories s'avère possible. L'établissement d'une *summa divisio* entre les actes coercitifs et ceux qui ne le sont pas paraît même pertinent, celle-ci permettant d'aller du général au particulier¹⁸⁷⁵. Parce qu'elle présente un intérêt, cette nouvelle taxinomie est souhaitable.

B – Intérêt d'une classification différente des actes en procédure pénale

323. Le changement de taxinomie proposé offre un double intérêt. Il permet de substituer une classification bipartite à une classification tripartite (1°), mais également de reconnaître l'utilité d'une nouvelle catégorie juridique (2°), celle de l'acte coercitif bien sûr.

1°- La substitution d'une classification bipartite à une classification tripartite

324. L'utilité de la recherche d'une classification n'est plus à démontrer. Opération de rangement d'ordre pratique, celle-ci s'analyse comme une opération de l'intelligence visant à pénétrer la structure des choses afin d'en dégager des lois, un moyen d'approfondir la connaissance de l'ordre juridique¹⁸⁷⁶. Puisque les objets peuvent être classés de différentes manières en fonction du critère choisi, il faut retenir celui qui conduit à la meilleure classification sur le plan pratique et scientifique¹⁸⁷⁷. Mais il demeure avant tout nécessaire d'identifier et d'expliquer le critère sur lequel repose une taxinomie pour pouvoir la comprendre¹⁸⁷⁸. A défaut, la distinction ne saurait être opératoire¹⁸⁷⁹.

325. Il convient alors de s'attacher au critère retenu en procédure pénale qui permet de classer les différents actes. Celui-ci semble fondé sur la gravité de l'acte, ou plus précisément, sur la gravité du grief provoqué par l'acte. Les mesures d'administration judiciaire ne génèrent pas de grief, ou du moins engendrent-elles un grief de faible importance. Les actes de poursuite et d'instruction font en

¹⁸⁷⁴ V. *infra*, n°1148 et s.

¹⁸⁷⁵ Une classe de rang inférieur contient moins de systèmes, mais des systèmes plus proches les uns des autres ou ayant des propriétés communes. Tel semble bien être le cas des actes juridictionnels et des actes de poursuite et d'instruction.

¹⁸⁷⁶ H. CROZE, *op. cit.*, n°166, p. 162.

¹⁸⁷⁷ T. TAURAN, Les distinctions en droit privé, R.R.J., 2000, p. 489 et s., spéc. p. 502.

¹⁸⁷⁸ V. M.-L. IZORCHE, Réflexions sur la distinction, Mélanges C. MOULY, t. I, Litec, 1998, p. 53 et s., spéc. n°12, p. 57.

¹⁸⁷⁹ *Ibid.* : « Et il est vrai que tant que le critère n'est pas clairement déterminé, la distinction ne peut être opératoire, car ceux qui seront amenés à l'utiliser n'en maîtrisent pas le principe, et globalement, au sein d'une communauté scientifique, le progrès de la connaissance risque d'être entravé par des difficultés de communication, faute d'un langage commun ». *Adde*, T. TAURAN, *op. et loc. cit.*, qui souligne l'importance du critère : « Avant d'opérer une distinction ou une classification, encore faut-il se mettre d'accord sur des critères. C'est le choix du critère qui déterminera les divers éléments de la distinction et, si nécessaire, les diverses branches de la classification ».

revanche grief. D'ailleurs, ils attendent parfois aux libertés individuelles. Tel est le cas de la garde à vue, des perquisitions et saisies, des écoutes téléphoniques, etc. Adoptés unilatéralement par les autorités de poursuite et d'instruction, autrement dit sans le consentement des individus, ils permettent l'avancée de la procédure¹⁸⁸⁰. Enfin, les actes juridictionnels s'apparentent aux actes les plus graves, en ce sens que le juge s'occupe de dire le droit et de trancher un litige. Il est amené à prendre des décisions importantes pour les parties, génératrices d'un grief : ordonnance d'incompétence, de refus d'informer, jugement de condamnation... Certains actes très coercitifs appartiennent à cette catégorie : le placement sous contrôle judiciaire et, surtout, en détention provisoire.

326. Ce critère établit une classification tripartite conduisant à distinguer trois grandes catégories d'actes. Mais si la gravité de l'acte, ou du grief qui en découle, permet d'opérer une telle distinction, celle-ci repose sur une gradation. Cette distinction ne consiste pas en une opposition. Si c'était le cas, elle opposerait deux éléments et présenterait un caractère binaire¹⁸⁸¹. Le droit pénal fournit une autre illustration de ce genre de distinction fondée sur une gradation. Il s'agit de la classification tripartite des infractions. Celles-ci sont réparties, selon leur gravité, en trois catégories : les crimes, délits et contraventions. Nul doute qu'il existe dès lors des distinctions juridiques, mais également des classifications¹⁸⁸², de plus de deux éléments¹⁸⁸³. La doctrine dénonce cependant ces hypothèses. Elle affirme qu'« à un même degré ou étage, la distinction des divers termes des classifications doit être fonction d'un seul et même trait ; qu'il n'est pas admissible de poser, en considération annoncée d'un même trait, c'est-à-dire d'un même principe de classification, une division tripartite »¹⁸⁸⁴. Elle conclut que « les distinctions juridiques sont fondamentalement bipartites et que les classifications tripartites ou multipartites procèdent d'une erreur de méthode dans le choix des critères de détermination des catégories »¹⁸⁸⁵.

327. Vue sous cet angle, la classification des actes juridiques demeure contestable en procédure pénale. Tripartite, elle est affectée d'un vice rédhibitoire. Elle peut pourtant être transformée en division bipartite. Il suffirait d'opposer les actes générateurs d'un grief à ceux qui ne le sont pas ou très peu. Les actes de poursuite et d'instruction ainsi que les actes juridictionnels composeraient la première catégorie. La seconde comprendrait les mesures d'administration judiciaire. En effet, les

¹⁸⁸⁰ Ils doivent être rapprochés des actes administratifs unilatéraux.

¹⁸⁸¹ V. T. TAURAN, *op. cit.*, p. 504.

¹⁸⁸² Dans la mesure où la distinction consiste en « l'opération préalable à toute classification », et « joue nécessairement un rôle essentiel dans le progrès des connaissances (...) » : M.-L. IZORCHE, *op. cit.*, n°3, p. 54.

¹⁸⁸³ T. TAURAN, *op. et loc. cit.* : « S'il n'y a distinction qu'à partir de deux éléments, il y a des distinctions en trois, quatre et même plus ». L'auteur prend pour exemple les vices du consentement : l'erreur, le dol et la violence.

¹⁸⁸⁴ C. EISENMANN, Quelques problèmes de méthodologie (...), *op. cit.*, n°16, p. 37. En accord complet avec cette idée, le professeur BERGEL la reprend, *in* Théorie générale (...), *op. cit.*, n°183.

¹⁸⁸⁵ J.-L. BERGEL, *op. et loc. cit.* Beaucoup plus réservé : T. TAURAN, *op. cit.*, p. 504, pour qui « il est (...) souvent très difficile de s'en remettre à des distinctions binaires. Certaines se composent de trois éléments, voire davantage, avec un contenu complexe. Il ne faut pas le regretter bien que les juristes soient très attachés aux plans en deux parties (...). Le risque certes est, qu'à partir d'un certain seuil, il n'y ait plus de distinctions mais de simples catalogues ».

actes de poursuite et d'instruction et ceux de juridiction ont pour point commun de faire grief. Ce trait les oppose tous deux aux mesures d'administration judiciaire, qui provoquent tout au plus un grief de faible importance. En revanche, ils se séparent selon un trait de nature différente. Les actes juridictionnels tranchent un litige, contrairement aux actes d'instruction et de poursuite¹⁸⁸⁶. Il s'avère nécessaire¹⁸⁸⁷ « selon la logique de poser une division suprême simplement bipartite, fondée sur le trait commun et différentiel ; et c'est ensuite seulement, au degré inférieur donc, que l'on est en droit de poser une subdivision du deuxième grand terme, fondée sur son propre principe »¹⁸⁸⁸. Cette modification aurait finalement l'avantage de remédier à l'erreur soulignée par la doctrine.

328. Il ne faudrait pas pour autant surestimer les mérites de cette classification, même remaniée. Elle oppose des actes graves, les actes de poursuite et d'instruction et les actes juridictionnels, à des actes presque bénins, les mesures d'administration judiciaire. Elle aboutit à une disparité flagrante, voire choquante. La première catégorie correspond à la quasi-totalité des actes en procédure pénale. Celle-ci apparaît trop large¹⁸⁸⁹, car elle comprend des actes foncièrement dissemblables¹⁸⁹⁰. La seconde ne contient, à l'inverse, qu'un nombre résiduel d'actes¹⁸⁹¹. Ce déséquilibre interpelle déjà sur le bien-fondé de la taxinomie. Elle n'apporte en outre aucune indication sur les actes attentatoires aux libertés individuelles. Certes, les actes coercitifs appartiennent tous à la première catégorie. Ils prennent la forme d'actes de juridiction ou d'instruction. Les actes non coercitifs se trouvent, eux, dans les deux catégories. Une telle classification montre ses limites. Elle s'avère peu convaincante, car elle cumule les lacunes et les défauts. Mieux vaut opposer les actes coercitifs aux actes non coercitifs – qui formeraient une catégorie à part entière –. Bipartite, cette *summa divisio* doit être regardée comme valide. Elle peut se substituer à une classification tripartite contestable et sans grand intérêt. Claire et équilibrée, elle se révèle efficiente. Il devient possible de distinguer immédiatement les actes attentatoires aux libertés individuelles des autres. Leur gravité justifie une attention particulière et l'examen de leurs spécificités. La *summa divisio* permet donc de reconnaître l'utilité de la catégorie d'acte coercitif.

2°- La reconnaissance de l'utilité d'une nouvelle catégorie juridique

329. Si les principes de la logique plaident en faveur d'une classification différente des actes en procédure pénale, ils ne constituent pas l'unique motif du changement souhaité. Adopter l'opposition

¹⁸⁸⁶ Ce sont les principes de méthodologie des classifications enseignés par EISENMANN, repris et appliqués à la matière (V. EISENMANN, *op. et loc. cit.*).

¹⁸⁸⁷ C. EISENMANN, *op. et loc. cit.*, écrit en effet : « En ce cas, on doit (...) ».

¹⁸⁸⁸ *Ibid.* L'auteur souligne l'importance de ce principe : « Il faut y insister, parce que ce n'est pas un souci de purisme qui est seul en cause, mais bien la vue, la vue si l'on peut dire panoramique des choses considérées ».

¹⁸⁸⁹ V. L. HUSSON, *Nouvelles études (...), op. cit.*, p. 222.

¹⁸⁹⁰ A cet égard, V. C. EISENMANN, *op. cit.*, n°19, p. 40.

¹⁸⁹¹ D'autant qu'en instaurant la juridictionnalisation de l'application des peines, les lois du 15 juin 2000 et du 9 mars 2004 ont amoindri la catégorie des mesures d'administration judiciaire.

entre les actes coercitifs et ceux qui ne le sont pas consiste à faire ressortir l'utilité de la catégorie d'acte coercitif. Il convient d'abandonner le domaine de la logique pour se placer sur le terrain de l'opportunité¹⁸⁹². Il faut rechercher les avantages de cette nouvelle catégorie et déterminer si elle vient faciliter le travail du juriste ; « car si tout ensemble d'objets est logiquement apte à constituer une catégorie juridique, son utilité sera d'autant plus grande qu'elle sera immédiatement compréhensible tant du juriste que du citoyen »¹⁸⁹³. La catégorie juridique d'acte coercitif apparaît justement des plus utiles. Elle permet d'identifier les actes attentatoires aux libertés individuelles et de les séparer de ceux qui ne possèdent pas ce caractère. De prime abord, cet exercice n'est pas très compliqué. Certains actes n'opèrent à l'évidence aucune contrainte sur les individus : les réquisitoires du parquet, le transport sur les lieux, la désignation du juge d'instruction, les ordonnances de refus d'informer, celles de poursuite de l'information ou de non lieu, etc.

330. Le problème de l'opportunité, partant de l'utilité d'une nouvelle catégorie juridique a été soulevé par GENY. Cet auteur s'est demandé, en son temps, « pourquoi (...) les juristes sentent le besoin d'un compartiment nouveau consacré aux “droits de la personnalité” »¹⁸⁹⁴. Aujourd'hui, une telle interrogation se fait jour s'agissant de l'acte coercitif. Il paraît logique de se demander pour quelles raisons cette notion constitutive d'une catégorie juridique, a émergé. Avant son apparition – véritable – au sein de la réalité juridique¹⁸⁹⁵, elle justifie surtout d'autres dispositions. Elle explique et fonde l'existence de certains textes au sein du Code de procédure pénale. Présent à l'état latent, le concept d'acte coercitif fonde les dispositions sur les privations de liberté, ainsi en matière de garde à vue ou de détention provisoire. Il permet aussi de prohiber les atteintes injustifiées aux libertés individuelles. Les articles 126¹⁸⁹⁶, 133¹⁸⁹⁷ et 136¹⁸⁹⁸ du C.P.P. peuvent illustrer ce raisonnement. Ils interdisent les détentions arbitraires, à l'instar de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁸⁹⁹ et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁹⁰⁰.

¹⁸⁹² H. CROZE, *op. cit.*, n°158, p. 156.

¹⁸⁹³ H. CROZE, *op. cit.*, n°194, p. 186.

¹⁸⁹⁴ F. GENY, Les procédés d'élaboration du droit civil, *op. cit.*, p. 192.

¹⁸⁹⁵ C'est-à-dire avant que cette notion ne soit souvent employée par la Cour de cassation à partir des années 1990 et sa consécration dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale avec la loi du 15 juin 2000 si l'on ne s'attache pas à la lettre exacte de la loi, le concept de mesure de contrainte comprenant celui d'acte coercitif. L'article 109 du C.P.P. évoquait aussi la mesure de contrainte dès 1958, mais ce terme restait isolé.

¹⁸⁹⁶ Art. 126 du C.P.P. : « Toute personne arrêtée en vertu d'un mandat d'amener, qui a été retenue pendant plus de vingt-quatre heures sans avoir été interrogée, est considérée comme arbitrairement détenue. Les articles 432-4 à 432-6 du code pénal sont applicables aux magistrats ou fonctionnaires qui ont ordonné ou sciemment toléré cette rétention arbitraire ».

¹⁸⁹⁷ Art. 133 du C.P.P. : « La personne saisie en vertu d'un mandat d'arrêt est présentée dans les vingt-quatre heures suivant son arrestation devant le juge d'instruction ou à défaut le président du tribunal ou le juge désigné par celui-ci pour qu'il soit procédé à son interrogatoire et qu'il soit le cas échéant statué sur son placement en détention provisoire dans les conditions prévues par l'article 145. A défaut, la personne est remise en liberté. Les dispositions de l'article 126 sont applicables ».

¹⁸⁹⁸ Art. 136 du C.P.P. : « L'inobservation des formalités prescrites pour les mandats de comparution, d'amener, de dépôt, d'arrêt et de recherche peut donner lieu à des sanctions disciplinaires contre le juge d'instruction, le juge des libertés et de la détention ou le procureur de la République. Ces dispositions sont étendues, sauf application de peines plus graves, s'il y a lieu, à toute violation des mesures protectrices de la liberté individuelle prescrites par les articles 56, 57, 59, 96, 97, 138 et 139 ».

¹⁸⁹⁹ Art. 5.

¹⁹⁰⁰ Art. 9.

Puisque certains actes sont coercitifs, ils doivent être encadrés afin d'éviter tout abus ; d'où l'existence de normes qui interdisent et répriment les privations de liberté arbitraires.

331. L'ancrage de l'acte coercitif dans la réalité juridique modifie l'analyse. Sa définition, restée en quelque sorte négative, devient positive. Désormais, la notion n'a plus seulement pour fonction de fonder des dispositions, elle a une valeur opérationnelle. Elle affiche une volonté d'encadrer toutes les atteintes aux libertés individuelles. C'est en ce sens que l'article préliminaire du Code de procédure pénale doit être compris. Ce texte très général autorise le juge à contrôler directement la coercition employée. Le contrôle peut concerner le recours à la coercition en lui-même. Dans cette hypothèse, l'examen porte sur la nécessité de l'acte coercitif. Le contrôle peut aussi porter sur l'exercice de la coercition. Il s'agit plutôt de vérifier la proportionnalité de l'acte. Avec cette approche, il est possible de deviner que l'acte coercitif offre des solutions sur le plan pratique.

§2 – L'acte coercitif : l'apport de solutions pratiques

332. L'utilité d'une catégorie d'acte coercitif n'est pas simplement théorique. Celle-ci marque d'abord les dissemblances qui persistent entre la procédure civile, où la coercition intéresse à titre quasi exclusif le patrimoine de l'individu¹⁹⁰¹, et la procédure pénale, où la contrainte entrave en plus la liberté d'aller et venir¹⁹⁰². Elle opère une séparation entre ces deux sortes de procédures et traduit la spécificité du contentieux répressif. C'est dans celui-ci que réside l'intérêt véritable de cette notion. L'acte coercitif révèle surtout son utilité dans la phase de l'enquête de police (A), puis dans celle de l'information judiciaire (B).

A – Dans la phase de l'enquête de police

333. Il ressort des dispositions du Code de procédure pénale que la nature de l'enquête diligentée fixe l'étendue des pouvoirs des O.P.J. Le caractère coercitif ou non des actes accomplis permet, à l'origine, de distinguer les enquêtes sur infraction flagrante et préliminaire (1°). Mais au cours de l'une ou l'autre, des individus sont généralement placés en garde à vue. Grâce à son aspect coercitif, le début de cette mesure peut être déterminé avec une certaine précision (2°).

¹⁹⁰¹ Hormis le constat d'huissier pour l'adultère, la coercition n'affecte que le patrimoine de l'individu.

¹⁹⁰² E. VERGES, Procès civil, procès pénal (...), *op. cit.*, p. 1447.

1° - La distinction classique entre les enquêtes sur infraction flagrante et préliminaire

334. En dehors du cadre de la flagrance où les O.P.J. effectuent de nombreux actes coercitifs¹⁹⁰³, l'enquête préliminaire, légalisée par le Code de procédure pénale en 1959 et prévue aux articles 75 à 78, leur confère moins de pouvoirs. Avant sa consécration législative, elle existe sous le nom d'enquête officieuse¹⁹⁰⁴. Née de la pratique au cours du XIX^{ème} siècle¹⁹⁰⁵, la question de sa légalité a nourri un important débat doctrinal¹⁹⁰⁶. Parce que la légalité de l'enquête officieuse demeure contestable¹⁹⁰⁷, les seuls actes reconnus aux gendarmes et policiers sont ceux pour lesquels la personne concernée a donné son consentement¹⁹⁰⁸. Accomplir un acte coercitif à l'encontre d'un citoyen s'apparente dès lors à un acte illégal. La responsabilité de son auteur peut être engagée¹⁹⁰⁹. Pour l'essentiel, l'enquête préliminaire conserve cette philosophie. Elle exige généralement l'assentiment des intéressés¹⁹¹⁰. Elle permet une « contrainte conditionnée » et se voit donc qualifiée de non coercitive, du moins à l'origine¹⁹¹¹. Elle se distingue de l'enquête sur infraction flagrante, en ce qu'elle ne permet pas d'effectuer autant d'actes coercitifs. Ceux-ci forment le critère de discrimination entre les deux types d'enquêtes.

335. L'enquête préliminaire offre néanmoins des prérogatives importantes aux O.P.J. qui ont le droit d'y procéder d'office¹⁹¹². Elle leur laisse tout au moins « un champ d'action qui n'est pas

¹⁹⁰³ Tels l'appréhension d'individus, des placements en garde à vue, des perquisitions et saisies...

¹⁹⁰⁴ Sur l'évolution de cette enquête : H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes (...), op. cit.*, n°190 et s., p. 157 et s., à propos du moment de l'enquête préliminaire.

¹⁹⁰⁵ En particulier, des circulaires de la Chancellerie : C. LACAZE, *Des enquêtes officieuses et des officiers de police judiciaire qui y procèdent*, Thèse, Toulouse, 1910, p. 59 et s. La jurisprudence a considéré que les procès-verbaux dressés par les O.P.J. constituaient non des actes d'instruction, mais de simples renseignements utiles à la manifestation de la vérité (Cass. crim., 19 avril 1855 et 29 juin 1855, S., 1855, I, p. 546 et 549 ; Cass. crim., 30 mai 1879, S., 1880, I, p. 481) ; puis, elle a précisé que ces procès-verbaux rédigés par la gendarmerie s'analysaient en des actes d'instruction et de poursuite. Elle reconnaissait ainsi implicitement la validité de l'enquête officieuse (Cass. crim., 25 juill. 1890, D.P., 1890, I, p. 449). Sur ce point : M. BLONDET, *L'utilisation par les juridictions répressives des procès-verbaux d'enquête officieuse*, J.C.P., 1955, I, 1267 ; M. BLONDET, *La légalité de l'enquête officieuse*, J.C.P., 1955, I, 1233, spéc. n°9.

¹⁹⁰⁶ Pour F. HELIE, *in* *Traité de l'Instruction criminelle*, 2^{ème} éd., 1866-1867, Paris, t. III, p. 68 et s., l'enquête officieuse est illégale. GARRAUD apparaît davantage réservé, l'enquête officieuse étant extra-légale et non illégale (*Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, 3^{ème} éd., 1912-1928, Paris, t. II, n°750). Quant à M. BLONDET, *La légalité (...), op. cit.*, n°6, il a affirmé la légalité de cette enquête.

¹⁹⁰⁷ En ce sens, C. LACAZE, *op. cit.*, p. 58 et 59.

¹⁹⁰⁸ V. M. LEVY, *De l'information officieuse*, Thèse, Nancy, 1934, p. 141 : « Pas de coercition sans textes : c'est là un principe non écrit certes, mais qui domine notre Droit. L'information officieuse étant en marge du Code, il est évident qu'elle ne peut être assortie d'aucune force coercitive » ; C. LACAZE, *op. cit.*, p. 58.

¹⁹⁰⁹ V. CA Paris, 13^{ème} ch. corr., 31 oct. 1955, D., 1956, somm., p. 57 ; J.C.P., 1956, II, 9092, note R.C.

¹⁹¹⁰ V. R. VOUIN, *Le Code (...), op. cit.* ; P. MIMIN, *La nouvelle enquête policière*, J.C.P., 1959, I, 1500, n°4 ; M. BLONDET, *L'enquête préliminaire dans le nouveau Code de procédure pénale*, J.C.P., 1959, I, 1513.

¹⁹¹¹ V. C. PARRA, J. MONTREUIL, *Traité de procédure pénale policière*, Quillet, Paris, 1970, préf. R. MARCELLIN, p. 239, évoquant l'« inexistence de moyens de coercition pour l'enquêteur (hors la mise en garde à vue par l'O.P.J.) » ; G. DENIS, *L'enquête préliminaire*, *op. cit.*, n°382 et s., p. 303 et s. ; G. DENIS, *Puissance convaincante et nature juridique de l'enquête préliminaire*, *Gaz. pal.*, 1974, doctr., p. 969 et s., spéc. p. 970 ; F. CASORLA, *Le procureur de la République (...), op. cit.*, p. 99 et 153 ; H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, n°199 et s., p. 165 et s. ; A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *op. cit.*, n°598, p. 335, n°786, p. 416 et 417.

¹⁹¹² Cass. crim., 1^{er} déc. 2004, Dr. pénal, 2005, comm. n°30, note A. MARON ; *Procédures*, 2005, comm. n°76, note J. BUISSON. Le défaut d'information du procureur de la République est sans effet sur la validité des actes accomplis.

négligeable »¹⁹¹³. Ils peuvent parfois user de la coercition¹⁹¹⁴, en plus de la contrainte morale ou psychologique¹⁹¹⁵. En pratique, l'une et l'autre existent dans ce cadre procédural, même si la jurisprudence a posé certaines limites. L'emploi de la contrainte physique demeure assez restreint¹⁹¹⁶. Son utilisation peut être sanctionnée lorsqu'elle s'avère abusive¹⁹¹⁷. Il n'empêche que l'enquête préliminaire s'est fortement rapprochée de l'enquête sur infraction flagrante au fil des réformes législatives¹⁹¹⁸. Leur distinction semble s'être effritée. On assiste au « renversement partiel du principe de non coercition » en enquête préliminaire¹⁹¹⁹.

336. Un tel constat peut être effectué dès l'adoption du Code de procédure pénale. Pour les nécessités de l'enquête préliminaire, celui-ci a autorisé la garde à vue des personnes dont l'audition prolongée lui paraît nécessaire¹⁹²⁰, puis uniquement celle des suspects grâce à la loi du 4 janvier 1993¹⁹²¹. Il introduit « un droit de mise en état d'arrestation réalisé par “le biais de la garde à vue” »¹⁹²². Pareille mesure ne peut s'appliquer qu'à un individu se trouvant déjà à la disposition des enquêteurs¹⁹²³. Elle n'autorise pas l'arrestation, elle peut seulement la précéder¹⁹²⁴. Toutefois, les actes coercitifs n'ont cessé depuis lors de se développer au sein de cette enquête¹⁹²⁵. La loi du 4 janvier 1993 a permis au procureur de la République de contraindre par la force publique une personne convoquée à comparaître devant l'O.P.J. qui s'est soustrait à cette obligation¹⁹²⁶. Depuis la loi du 9 mars 2004, c'est

¹⁹¹³ A. BESSON, La police judiciaire et le Code de procédure pénale, D., 1958, chron., p. 129 et s., spéc. n°91, p. 144.

¹⁹¹⁴ V. déjà, M. LEVY, *op. cit.*, p. 142 et 143 ; M. BLONDET, Les pouvoirs de la police et de la gendarmerie au cours de l'enquête préliminaire, J.C.P., 1956, I, 1311, spéc. n°28 et n°32 ; G. FOURNIER, L'acte policier (...), *op. cit.*, n°136, p. 309.

¹⁹¹⁵ V. M. LEVY, *op. cit.*, p. 142 et 143 ; M. BLONDET, *op. cit.*, n°6, citant LAMBERT ; M.-L. RASSAT, Le ministère public (...), *op. cit.*, n°250 et 251, p. 187 et 188 ; H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, n°216, p. 177 et 178. Sur la contrainte psychologique : J. BUISSON, L'acte de police, *op. cit.*, p. 442 et s. et p. 845 et s.

¹⁹¹⁶ V. Cass. crim., 4 mars 1969, Bull. crim., n°105, relevant que les gendarmes ou policiers sont entrés dans le domicile de l'individu avec son accord pour lui proposer la vérification de son taux d'alcoolémie. Ils n'ont alors procédé à aucune visite domiciliaire, perquisition ou saisie.

¹⁹¹⁷ V. CA Reims (ch. corr.), 18 mai 1984, J.C.P., 1985, II, 20422, note P. CHAMBON : « Attendu que les officiers de police judiciaire et les agents de police judiciaire, agissant dans le cadre d'une enquête préliminaire, ne peuvent utiliser la contrainte ou la coercition pour forcer une personne à les suivre pour y être entendue, ainsi qu'il en résulte de l'application des dispositions des articles 75 et suivants du Code de procédure pénale ».

¹⁹¹⁸ J.-L. LENNON, Les aspects coercitifs et intrusifs de l'enquête préliminaire ou l'effritement de la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire, Dr. pénal, 2007, Etude n°21.

¹⁹¹⁹ P. GAGNOUD, L'enquête préliminaire et les droits de la défense, Thèse, Nice, 1998, n°21, p. 12 (Titre I). V. aussi, F. GIRARD, Essai sur la preuve dans son environnement culturel, P.U.A.M., 2013, 2 tomes, préf. E. VERGES, n°229, p. 412 et s. et n°381, p. 663 et s.

¹⁹²⁰ M. BLONDET, L'enquête (...), *op. cit.* A l'origine, la garde à vue s'applique autant au suspect qu'au simple témoin.

¹⁹²¹ Art. 77 du C.P.P., dans sa rédaction antérieure à la loi n°2011-392 du 14 avril 2011. Il s'agit des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices faisant présumer qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction. La loi du 4 mars 2002 a changé la formule légale ; cette dernière a été conservée par la loi de 2011, apportant néanmoins une précision sur l'infraction commise (« un crime ou un délit puni d'emprisonnement »).

¹⁹²² H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, n°200, p. 166, ajoutant que « ce droit d'arrestation indirect » est *a priori* incompatible avec l'aspect consensualiste de l'enquête préliminaire.

¹⁹²³ M. BLONDET, L'enquête (...), *op. cit.*

¹⁹²⁴ M. BLONDET, *op. cit.* ; P. GAGNOUD, *op. cit.*, n°24 et s., p. 14 et s., spéc. n°27, p. 17 à 20. *Adde*, CA Reims (ch. corr.), 18 mai 1984, préc.

¹⁹²⁵ V. J.-L. LENNON, *op. cit.*, n°10, expliquant que « de multiples raisons postulaient en faveur d'une rénovation de l'enquête préliminaire dont la perte d'efficacité devenait patente : affaiblissement du sens civique des citoyens, émergence de nouvelles formes de criminalité, développement exponentiel des procédés technologiques, etc... ».

¹⁹²⁶ Art. 78 du C.P.P., avant l'adoption de la loi du 9 mars 2004 et celle du 14 avril 2011. V. P. GAGNOUD, *op. cit.*, n°35, p. 29 et 30, pour qui « la comparution forcée de l'article 78 du C.P.P. rentre bien dans la catégorie des arrestations : elle se

l'O.P.J. lui-même, après autorisation du parquet, qui peut utiliser la coercition dans ce cas ou lorsqu'il estime que l'intéressé ne donnera pas suite à sa convocation¹⁹²⁷.

337. Le Code de procédure pénale a encore subordonné les perquisitions, visites domiciliaires et saisies qui doivent être accomplies chez une personne à l'obtention de son assentiment exprès¹⁹²⁸. Cet accord doit faire l'objet d'une déclaration écrite de la main de l'intéressé sauf s'il ne sait pas écrire, auquel cas il en est fait mention au procès-verbal ainsi que de son assentiment¹⁹²⁹. Si l'individu s'oppose à de tels actes, les enquêteurs ne peuvent pénétrer dans son domicile. Ces dispositions semblent *a priori* très protectrices de la liberté individuelle. Mais donner son assentiment par écrit enlève à celui qui l'a fourni la possibilité de se rétracter. Une fois donné, il devient irrévocable¹⁹³⁰. Il se sépare, en cela, du consentement octroyé à l'époque de l'enquête officieuse, qui doit en plus être maintenu tout au long des opérations. Les investigations devaient aussitôt s'arrêter dès que l'individu reprenait sa permission initiale. Le Code de procédure pénale a renforcé le caractère contraignant des perquisitions et saisies sous cet angle¹⁹³¹.

338. La législation postérieure a toujours évolué en ce sens. Les lois du 31 décembre 1970¹⁹³² portant sur le trafic de stupéfiants, celle du 9 septembre 1986 relative au terrorisme ou bien celle du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne en attestent¹⁹³³. Depuis la loi du 9 mars 2004, l'article 76, alinéa 4, du C.P.P. prévoit que le procureur de la République peut, si les nécessités de l'enquête relative à un crime ou à un délit puni d'une peine de cinq ans d'emprisonnement au moins l'exigent ou si la recherche de biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du Code pénal le justifie, requérir le juge des libertés et de la détention afin que ce dernier autorise, par décision écrite et motivée, les enquêteurs à procéder aux perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ou de biens susceptibles de confiscation et ce, sans l'assentiment de la personne chez qui

traduit par le droit pour le policier, de se saisir du témoin défaillant, y compris à son domicile, et de le transférer par la contrainte dans leurs services » ; J.-L. LENNON, *op. cit.*, n°11, précisant que ce « véritable pouvoir d'arrestation » rompt « de manière définitive avec le principe de non-coercition qui jusqu'alors caractérisait l'enquête préliminaire ».

¹⁹²⁷ Art. 78 du C.P.P., dans sa rédaction issue de la loi du 9 mars 2004. L'intérêt de la coercition s'explique par la crainte de voir disparaître des indices détenus par une personne qui intéresse l'enquête dès qu'une convocation lui a été adressée.

¹⁹²⁸ Art. 76 du C.P.P. Le caractère exprès de l'assentiment des personnes dont le domicile commun est perquisitionné a fait l'objet d'un assouplissement récent : V. Cass. crim., 23 oct. 2013, Inédit, n°12-82627. Pour une critique : V. TELLIER-CAYROL, La perquisition sans la présence ou l'assentiment du domiciliaire : quel régime ?, *Gaz. pal.*, 9-11 fév. 2014, n°40 à 42, p. 4 et s., spéc. p. 6.

¹⁹²⁹ Art. 76, al. 2 du C.P.P.

¹⁹³⁰ M. BLONDET, *op. cit.* ; M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n°250, p. 187 et 188, ajoutant qu'« il faut donc que la personne sollicitée ait le courage et la présence d'esprit de refuser dès le début son consentement (...) » ; G. DENIS, *op. cit.*, n°334, p. 259 et 260 ; J.-L. LENNON, *op. cit.*, n°8.

¹⁹³¹ *Ibid.*

¹⁹³² Loi n°70-1320 du 31 déc. 1970, J.O. du 3 janv. 1971, p. 74.

¹⁹³³ La loi n°86-1020 du 9 sept. 1986, J.O. du 10 sept. 1986, p. 10956, apportait une dérogation en matière de terrorisme. L'assentiment des intéressés était remplacé par l'autorisation accordée par le président du tribunal sur la requête du procureur de la République. Pour une critique de cette réglementation abrogée, H. MATSPOULOU, *op. cit.*, n°205, p. 169 et 170. Quant à la loi n°2001-1062 du 15 nov. 2001, J.O. du 16 nov. 2001, p. 18215, elle avait prévu des règles dérogatoires érigées à l'article 76-1 du C.P.P. et applicables aux infractions à la législation sur les armes ou sur les stupéfiants. Ce texte a été abrogé par la loi du 9 mars 2004, laquelle a réécrit l'article 76 du C.P.P. de façon à y intégrer les dispositions de l'article 76-1 et les étendre aux infractions les plus graves.

elles ont lieu¹⁹³⁴. Si l'enquête préliminaire porte sur l'une des infractions énoncées à l'article 706-73 du C.P.P. (criminalité organisée), cette loi a même permis au juge des libertés et de la détention de décider, à la requête du magistrat du parquet, que les perquisitions, visites domiciliaires et saisies puissent être effectuées en dehors des heures légales¹⁹³⁵ dans des locaux autres que ceux d'habitation¹⁹³⁶. Les O.P.J. qui pénètrent dans les locaux, sur autorisation du juge des libertés, peuvent dorénavant le faire, y compris en cas d'absence de la personne s'étant opposée à toute intrusion chez elle. Énoncée à l'article 706-94, alinéa 2, du C.P.P., cette hypothèse suppose la présence de deux témoins ou d'un tiers désigné par la personne concernée. Pour de telles perquisitions, des risques graves doivent exister : troubles à l'ordre public, évasion de l'intéressé, disparition de preuves¹⁹³⁷.

339. Cette loi du 9 mars 2004 a créé, de surcroît, le mandat de recherche pouvant être décerné par le procureur de la République à l'encontre de suspects. Il permet une inscription au fichier des personnes recherchées, l'arrestation de l'intéressé et son placement en garde à vue. En outre, si l'enquête préliminaire concerne l'une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 du C.P.P., le juge des libertés et de la détention, saisi par le procureur de la République, peut autoriser selon les mêmes modalités que dans le cadre d'une information, des interceptions, enregistrements et transcriptions de correspondances émises par la voie de télécommunications pour une durée maximum d'un mois renouvelable une fois dans les mêmes conditions de forme et de durée¹⁹³⁸. Ces opérations sont réalisées sous le contrôle du juge des libertés et de la détention. De nouveaux actes coercitifs ont donc gagné l'enquête préliminaire¹⁹³⁹.

340. Fondée à l'origine sur le caractère coercitif ou non des actes accomplis, la distinction entre les deux sortes d'enquêtes se révèle aujourd'hui beaucoup plus délicate. Non seulement la contrainte psychologique n'a fait que se renforcer en enquête préliminaire¹⁹⁴⁰, mais celle-ci est devenue assez

¹⁹³⁴ L'ordonnance du juge des libertés et de la détention peut se référer à la requête présentée par le parquet aux fins de perquisition, dès lors qu'elle comporte toutes les indications exigées, à peine de nullité, par l'article 76, al. 4 du C.P.P. : Cass. crim., 6 mars 2013, Bull. crim., n°62. Les opérations sont effectuées sous le contrôle du magistrat qui les a autorisées, et qui peut se déplacer sur les lieux pour veiller au respect de la loi. Lors de l'exécution de la perquisition, l'O.P.J. tient de ses pouvoirs propres la faculté de requérir un serrurier afin de procéder à l'ouverture d'un coffre-fort ; il n'a pas à demander l'autorisation du juge des libertés et de la détention pour cela : Cass. crim., 3 avril 2013, Bull. crim., n°73 ; Gaz. pal., 21-23 juill. 2013, n°202 à 204, p. 38, obs. F. FOURMENT. Cet auteur fait remarquer qu'un pouvoir propre est « un pouvoir exercé d'initiative, pas sans fondement juridique. Ce fondement juridique ne pourrait-il être l'article R. 642-1 du Code pénal ? ».

¹⁹³⁵ Prévues à l'art. 59 du C.P.P. Selon ce texte, sauf exceptions, les perquisitions et visites domiciliaires ne peuvent être commencées avant 6 heures et après 21 heures à peine de nullité. V. F. GIRARD, *op. cit.*, n°382, p. 667.

¹⁹³⁶ Art. 706-90 du C.P.P.

¹⁹³⁷ Art. 706-94 du C.P.P. ; V. aussi, J.-L. LENNON, *op. cit.*, n°22.

¹⁹³⁸ Art. 706-95 du C.P.P. Ce texte est également applicable à l'enquête de flagrance.

¹⁹³⁹ La constitutionnalité des dispositions régissant l'enquête préliminaire a été mise en cause, notamment l'article 75-1 du C.P.P. Mais la Cour de cassation n'a pas transmis la question prioritaire de constitutionnalité, elle l'a jugée irrecevable : V. Cass. crim., 17 janv. 2012, Bull. crim., n°16. *Adde*, Cass. crim., 13 sept. 2011, Inédit, n°11-90081.

¹⁹⁴⁰ V. art. 76-2 du C.P.P. et le renvoi effectué à l'article 55-1, s'agissant des prélèvements externes. Le troisième alinéa du second texte prévoit des peines en cas de refus de se soumettre aux opérations de prélèvement. V. aussi, art. 706-56, II du C.P.P. (refus de se soumettre à un prélèvement biologique en vue d'une analyse ADN).

coercitive et s’aligne presque sur l’enquête de flagrance¹⁹⁴¹. Si elle présente moins de garanties qu’une information judiciaire menée par un juge¹⁹⁴², elle n’est pas motivée par l’urgence à la différence de l’enquête sur infraction flagrante. Il apparaît donc normal qu’elle recèle moins de coercition que ces cadres juridiques. Bien que des actes coercitifs puissent être adoptés au cours de sa mise en œuvre, ces actes caractérisent, en premier lieu, l’enquête de flagrance. Ils servent encore à distinguer les deux enquêtes, malgré l’évolution de l’enquête préliminaire, toujours plus coercitive¹⁹⁴³. Le rapport sur la procédure pénale établi par la commission présidée par le procureur général BEAUME, présenté le 10 juillet 2014, préconise d’ailleurs de maintenir la distinction entre la procédure de flagrance et celle d’enquête préliminaire et d’apporter des précisions dans la rédaction de l’article 53 du C.P.P.¹⁹⁴⁴ Le caractère coercitif de la garde à vue montre, de façon plus particulière, un autre intérêt.

2°- La détermination précise du début de la garde à vue

341. Instituée par le Code de procédure pénale, la garde à vue n’a aucun fondement légal avant 1959¹⁹⁴⁵. Elle a été définie par l’un de ses pères comme « la mesure par laquelle la police judiciaire maintient à sa disposition des personnes qui ne sont pas inculpées et qui ne font pas l’objet de titres de détention »¹⁹⁴⁶. Jusqu’à la réforme d’avril 2011, il résulte des articles 63 et suivants du C.P.P., auxquels se réfère l’article 154, qu’elle a pour objet « l’audition de la personne retenue à la disposition d’un officier de police judiciaire »¹⁹⁴⁷ ; ou bien qu’elle « a pour objet le maintien à la disposition des enquêteurs de toute personne dont la présence ou l’audition est nécessaire à leurs investigations »¹⁹⁴⁸. Ainsi la garde à vue se distingue-t-elle de certaines détentions et rétentions ayant un objet différent : le dégrèvement¹⁹⁴⁹, la retenue douanière¹⁹⁵⁰, la rétention administrative en droit des étrangers¹⁹⁵¹ ou la

¹⁹⁴¹ A tel point qu’on s’interroge sur l’opportunité de maintenir deux cadres d’enquête : V. J.-L. LENNON, *op. cit.*, n°16.

¹⁹⁴² M. BLONDET, Les pouvoirs de la police (...), *op. cit.*, n°39 ; G. DENIS, Puissance convaincante (...), *op. cit.*, p. 973.

¹⁹⁴³ Rapp., S. DETRAZ, note sous Cass. crim., 5 oct. 2011, D., 2011, p. 2775, spéc. p. 2776 : « Si de multiples réformes ont atténué les différences de régime entre l’enquête de flagrance et l’enquête préliminaire, la distinction des deux cadres d’investigations conserve tout son intérêt lorsque la police judiciaire n’obtient pas du juge des libertés et de la détention l’autorisation d’agir de manière contraignante, lorsque l’infraction n’est pas de celles qui permettent de s’adresser à ce magistrat ou encore lorsque le temps manque ».

¹⁹⁴⁴ Rapport consultable sur www.justice.gouv.fr/publication/rap-beaume-2014.pdf, spéc. p. 14 et 15 ; D., 2014, p. 1547 et A.J. pénal, 2014, dossier, p. 332, obs. E. ALLAIN ; J.C.P., 2014, 841 ; H. MATSOPOULOU, Une nouvelle réforme de la procédure pénale ? Les principales propositions de la mission de réflexion sur les possibles évolutions de la procédure pénale, J.C.P., 2014, 957.

¹⁹⁴⁵ V. A. BESSON, Le projet de réforme de la procédure pénale (rapport). Projet (...), *op. cit.*, n°80, p. 26 ; H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, n°721, p. 599, pour l’historique de la garde à vue.

¹⁹⁴⁶ A. BESSON, *op. cit.*, n°79, p. 26. Cette définition a été reprise : K. SHIBAHARA, La garde à vue et son contrôle en droit comparé, Thèse, Paris II, 1974, p. 5.

¹⁹⁴⁷ Cass. crim., 11 juill. 1994, Bull. crim., n°273.

¹⁹⁴⁸ Cass. crim., 28 janv. 1992, Bull. crim., n°32. La participation de la personne peut être active (audition) ou passive (présence aux fins de reconnaissance par la victime ou des témoins). Son maintien à la disposition des O.P.J. peut être également décidé afin d’éviter sa fuite, d’entrer en contact avec des coauteurs ou complices...

¹⁹⁴⁹ Art. L. 3341-1 du C.S.P. (ancien article L. 76 du Code des débits de boissons).

¹⁹⁵⁰ Art. 323-1 du C. douanes.

¹⁹⁵¹ V. aussi, P.-J. DELAGE, La liberté individuelle sacrifiée, Dr. pénal, 2006, Etude n°21.

vérification d'identité¹⁹⁵². Sa durée n'est pas pour autant aisée à calculer. Son point de départ devient difficile à déterminer lorsqu'elle succède à l'une de ces mesures de rétention¹⁹⁵³.

342. La chambre criminelle a précisé que l'O.P.J. fixe en principe lui-même le point de départ de cette mesure¹⁹⁵⁴, sous réserve de l'hypothèse d'un placement tardif qui entacherait la procédure de nullité. Son délai débute à compter de sa notification à l'intéressé¹⁹⁵⁵. Aussi, la mise en garde à vue n'est pas obligatoire pour justifier l'appréhension et la retenue sous contrainte d'une personne trouvée en état d'ivresse¹⁹⁵⁶. Elle reste encore facultative à l'issue du dégrisement, lorsque les O.P.J. procèdent à l'audition de l'individu qui a recouvré ses esprits¹⁹⁵⁷. Il faut garder à l'esprit que la décision de placer en garde à vue une personne contre laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'emprisonnement, relève d'une faculté que l'O.P.J. tient de la loi et qu'il exerce, dans les conditions qu'elle définit, sous le seul contrôle du procureur de la République ou du juge d'instruction¹⁹⁵⁸.

343. Avant l'adoption de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011, il a été jugé qu'une personne qui se présente sans contrainte au service de police où elle est convoquée dans le cadre d'une enquête préliminaire, peut être entendue sur les faits qui lui sont imputés avant d'être placée en garde à vue. Cette audition n'est pas irrégulière, dès lors que la notification de ses droits est réalisée dès le placement effectif en garde à vue et que la durée de la mesure est rétroactivement fixée à l'heure de son arrivée au commissariat¹⁹⁵⁹. L'O.P.J. n'est pourtant pas tenu d'imputer la durée d'une audition opérée sans contrainte sur celle d'une garde à vue en cours portant sur les mêmes faits¹⁹⁶⁰. Le cumul d'une garde à vue et d'une audition effectuée sans contrainte pour des faits différents se trouve encore

¹⁹⁵² Art. 78-3 du C.P.P.

¹⁹⁵³ V. Cass. crim., 1^{er} mars 1994, Bull. crim., n°80.

¹⁹⁵⁴ En ce sens, Cass. crim., 15 fév. 2000, J.C.P., 2000, I, 235, obs. A. MARON.

¹⁹⁵⁵ Cass. crim., 23 mars 1982, Bull. crim., n°85 ; Cass. crim., 1^{er} mars 1994, préc.

¹⁹⁵⁶ Cass. crim., 9 sept. 1998, Dr. pénal, 1999, comm. n°16, note A. MARON, où la Cour de cassation dissocie clairement garde à vue et retenue en chambre de sûreté pour dégrisement ; Cass. crim., 21 juin 2006 et Cass. crim., 24 janv. 2007 ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2007, chron. n°3, préc. Les O.P.J. peuvent, au contraire, décider de placer en garde à vue un conducteur sous l'emprise d'un état alcoolique, mais non en état d'ivresse manifeste, dès son interpellation. L'ivresse constitue une circonstance insurmontable imposant à l'O.P.J. de retarder la notification des droits au moment où la personne est capable de les comprendre (Cass. crim., 3 avril 1995, Bull. crim., n°140).

¹⁹⁵⁷ Cass. crim., 28 juin 1995, Dr. pénal, 1996, chron. n°21, obs. V. LESCLOUS et C. MARSAT ; Cass. crim., 11 janv. 2001, Dr. pénal, 2001, comm. n°107, note (critique) A. MARON ; V. aussi, Cass. crim., 26 nov. 2003 et Cass. crim., 16 déc. 2003, Dr. pénal, 2004, comm. n°57, note (critique) A. MARON (cadre de la vérification d'identité, mais solution identique) ; Cass. crim., 21 juin 2006, préc.

¹⁹⁵⁸ Cass. crim., 4 janv. 2005, préc., J.C.P., 2005, II, 10176, note P. CONTE ; D., 2005, jurispr., p. 761, note J.-L. LENNON ; Dr. pénal, 2005, comm. n°49, note A. MARON ; Cass. crim., 8 sept. 2004, Dr. pénal, 2004, comm. n°185 (3^{ème} espèce), note A. MARON. V. aussi, Cass. crim., 27 sept. 2005, Bull. crim., n°237.

¹⁹⁵⁹ Cass. crim., 13 nov. 1996 (1^{er} arrêt), Bull. crim., n°401 ; Cass. crim., 6 mai 1997, Bull. crim., n°174 ; Cass. crim., 4 mars 1998, Dr. pénal, 1998, comm. n°108 (2^{ème} arrêt), note A. MARON ; Cass. crim., 29 avril 1998, Dr. pénal, 1998, comm. n°123, note A. MARON (cassation, car l'individu devait être placé en garde à vue) ; Cass. crim., 28 juin 2000, Dr. pénal, 2001, comm. n°25 (1^{er} arrêt), note A. MARON ; Cass. crim., 10 mai 2001, Dr. pénal, 2002, comm. n°11 (3^{ème} arrêt), note A. MARON. Même solution lorsque l'audition fait suite à une perquisition : V. Cass. crim., 14 oct. 1998, Bull. crim., n°260.

¹⁹⁶⁰ Cass. crim., 31 oct. 2001, Dr. pénal, 2002, comm. n°11 (9^{ème} arrêt), note A. MARON.

admis. Les O.P.J. demeurent libres de placer un individu en garde à vue ou non à raison de faits distincts alors que celui-ci se trouve déjà détenu¹⁹⁶¹ ou gardé à vue pour une autre infraction¹⁹⁶².

344. Toutefois, la liberté d'appréciation dont jouissent les enquêteurs en la matière n'apparaît pas absolue. La garde à vue constitue un acte coercitif, une mesure de contrainte selon l'article 62-2 du C.P.P.¹⁹⁶³. Il s'agit du maintien forcé d'une personne à la disposition des O.P.J. sous le contrôle du parquet ou du juge d'instruction. Dès qu'une personne se trouve soumise à la contrainte de l'O.P.J., auparavant pour « les nécessités de l'enquête », aujourd'hui si elle est « l'unique moyen » de parvenir à l'un au moins des objectifs énumérés au texte (art. 62-2, 1° à 6°), elle doit être immédiatement placée en garde à vue et recevoir notification des droits attachés à cette mesure¹⁹⁶⁴. C'est une obligation dans ce cas, non une faculté. Voilà le point de départ de la garde à vue : la rétention de l'individu contre son gré – la privation de sa liberté d'aller et venir – parce que l'O.P.J. recourt à la coercition¹⁹⁶⁵. La contrainte ne saurait cependant émaner que de ce dernier¹⁹⁶⁶. Le placement en garde à vue peut n'intervenir qu'à l'issue d'opérations effectuées sans coercition, avec le consentement de l'intéressé, telle une audition ou une perquisition¹⁹⁶⁷. Créé par la loi du 27 mai 2014¹⁹⁶⁸ et relatif à l'audition libre, l'article 61-1 du C.P.P. précise *in fine* que « le présent article n'est pas applicable si la

¹⁹⁶¹ V. Cass. crim., 6 fév. 2002, Dr. pénal, 2002, comm. n°90, note A. MARON, pour une personne déjà détenue en vertu d'un mandat de dépôt et extraite de la maison d'arrêt pour participer à des actes. Les O.P.J. estiment qu'il n'y a pas lieu de la placer en garde à vue dès lors qu'elle ne s'est ni opposée à son extraction, ni auxdits actes et qu'elle n'a été soumise à aucune contrainte autre que celle inhérente au mandat de dépôt dont elle fait l'objet. La chambre criminelle valide la procédure.

¹⁹⁶² Cass. crim., 15 sept. 2004, Dr. pénal, 2004, comm. n°185 (4^{ème} arrêt), note A. MARON ; Cass. crim., 31 oct. 2006, Bull. crim., n°263. En revanche, pour l'entendre sur des faits distincts alors qu'il se trouve déjà en garde à vue, les O.P.J. doivent lui notifier les éléments relatifs à l'infraction (qualification, date et lieu présumés) et ses droits (interprète, droit de se taire...) dont le droit à l'assistance d'un avocat : V. art. 65 du C.P.P., rétabli par la loi n°2014-535 du 27 mai 2014.

¹⁹⁶³ Les auteurs insistent aussi sur ce point : V. not., J.-L. LENNON, note sous Cass. crim., 4 janv. 2005, D., 2005, jurisp., p. 761 et s., spéc. p. 762 (I, B) : « Un acte coercitif » ; A. GIUDICELLI, La garde à vue après la loi n°2004-204 du 9 mars 2004, A.J. pénal, 2004, dossier, p. 261 et s., spéc. p. 264 ; J. BUISSON, note sous Cass. crim., 6 mai 2003, Procédures, 2003, comm. n°178 ; A. MARON, obs. sur Cass. crim., 25 juill. 2001, J.C.P., 2002, I, 107.

¹⁹⁶⁴ Cass. crim., 11 oct. 2000, Dr. pénal, 2001, comm. n°13 (1^{er} arrêt), note A. MARON ; Cass. crim., 6 déc. 2000, Dr. pénal, 2001, comm. n°39, note A. MARON ; Cass. crim., 25 juill. 2001, J.C.P., 2002, I, 107, obs. A. MARON ; Dr. pénal, 2002, comm. n°11 (4^{ème} arrêt), note A. MARON ; Cass. crim., 6 mai 2003, Bull. crim., n°93 ; Procédures, 2003, comm. n°178, note J. BUISSON ; Dr. pénal, 2003, comm. n°153, note A. MARON ; Cass. crim., 31 mai 2007, Bull. crim., n°146 ; Cass. crim., 13 mai 2009, Inédit, n°08-86103. *Adde*, F. FOURMENT, obs. sur Cass. crim., 6 nov. 2013, Gaz. pal., 9-11 fév. 2014, n°40 à 42, p. 39, précisant que « c'est parce qu'il y a une contrainte qu'il y a une garde à vue, et non l'inverse ».

¹⁹⁶⁵ Il n'y a pas de coercition lorsque la personne se rend au commissariat après avoir reçu une convocation. Il convient de « rechercher concrètement l'éventuelle contrainte réellement subie par l'intéressé, notamment par un maintien à disposition depuis l'arrivée dans le local de police ou de gendarmerie » : J. BUISSON, note préc. sous Cass. crim., 6 mai 2003.

¹⁹⁶⁶ V. Cass. crim., 25 oct. 2000, Dr. pénal, 2001, comm. n°25 (2^{ème} arrêt), note A. MARON. Deux mineurs avaient été conduits *manu militari* au commissariat par leur mère en l'espèce. Selon la Cour de cassation, ils n'ont pas fait l'objet d'une mesure de contrainte de la part des O.P.J.

¹⁹⁶⁷ V. Cass. crim., 19 janv. 2000, J.C.P., 2002, I, 107, obs. A. MARON ; Cass. crim., 11 oct. 2000, Dr. pénal, 2001, comm. n°13 (2^{ème} arrêt), note A. MARON ; Cass. crim., 18 oct. 2000, Dr. pénal, 2001, comm. n°13 (3^{ème} arrêt), note A. MARON (coercition pourtant employée) ; Cass. crim., 23 oct. 2001, Dr. pénal, 2002, comm. n°11 (8^{ème} arrêt), note A. MARON ; Cass. crim., 2 sept. 2004, Dr. pénal, 2004, comm. n°185 (1^{er} arrêt), note A. MARON. V. aussi, art. 73, al. 2 du C.P.P.

¹⁹⁶⁸ Loi n°2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, J.O. du 28 mai 2014, p. 8864 ; J.C.P., 2014, 649, obs. J.-Y. MARECHAL ; Procédures, 2014, comm. n°214, obs. J. BUISSON ; S. PELLE, Garde à vue : la réforme de la réforme (acte I). A propos de la loi n°2014-535 du 27 mai 2014, D., 2014, chron., p. 1508 et s. ; G. TAUPIAC-NOUVEL, A. BOTTON, La réforme du droit à l'information en procédure pénale, J.C.P., 2014, Etude, 802 ; N. LE COZ, L'audition des personnes soupçonnées dans les enquêtes pénales. Retour sur certaines modifications du Code de procédure pénale issues de la loi du 27 mai 2014, A.J. pénal, 2014, dossier, p. 320 et s. ; E. VERGES, Le statut juridique du suspect : un premier défi pour la transposition du droit de l'Union européenne en procédure pénale, Dr. pénal, 2014, Etude n°15.

personne a été conduite, sous contrainte, par la force publique devant l'officier de police judiciaire ». Et la deuxième phrase de l'article 73, alinéa 2, du C.P.P. d'en disposer de même depuis sa modification par la loi précitée¹⁹⁶⁹. Comme l'audition libre demeure possible si la personne a été amenée sans contrainte dans les locaux des enquêteurs, c'est-à-dire avec son accord et même en se faisant conduire en véhicule par ceux-ci, la question essentielle consiste à savoir quand la contrainte se trouve caractérisée¹⁹⁷⁰. Dans un but de protection du mineur, la jurisprudence a posé une présomption de contrainte à l'égard de l'enfant soupçonné, conduit au commissariat par les policiers¹⁹⁷¹. Même s'il n'oppose aucune résistance et n'est pas menotté, celui-ci doit bénéficier des droits attachés au placement en garde à vue. Entendue de façon aussi large, la contrainte empêche d'entendre librement le mineur pareille situation. Cette jurisprudence sera sans doute reprise. Les droits de la défense afférents au placement en garde à vue d'un enfant apparaissent plus protecteurs que ne le sont ceux attachés à l'audition libre après sa consécration légale¹⁹⁷².

345. Bien réelle, la contrainte psychologique pesant sur l'individu reste indifférente pour fixer le début de la garde à vue¹⁹⁷³. Seule la contrainte physique doit être prise en considération ; de sorte que le caractère coercitif de l'acte permet de déterminer avec une certaine précision son point de départ. La solution légale, issue de la loi du 14 avril 2011, reprend largement la jurisprudence antérieure. Avant sa réécriture par la loi du 27 mai 2014, l'article 63, III, du C.P.P. énonce que « l'heure du début de la mesure est fixée, le cas échéant, à l'heure à laquelle la personne a été appréhendée ». Cette règle a été conservée par ladite loi, qui modifie néanmoins la rédaction du texte afin de le compléter¹⁹⁷⁴. Celle-ci a apporté une précision importante : « si la personne n'a pas fait l'objet d'une mesure de contrainte préalable, mais que son placement en garde à vue est effectué dans le prolongement immédiat d'une audition, cette heure est fixée à celle du début de l'audition ». Dans le dessein de limiter la durée de l'atteinte portée à la liberté individuelle, le législateur a en plus consacré la jurisprudence qui fait

¹⁹⁶⁹ Le « présent alinéa » remplace le « présent article » dans le texte. Les mots « sous contrainte » ont été ajoutés pour utiliser la même expression que celle employée dans l'article 61-1 du C.P.P. Dès lors, la personne interpellée et conduite de force dans les locaux des enquêteurs ne peut pas faire l'objet d'une audition libre, elle doit être auditionnée sous le régime de la garde à vue. Ainsi la loi du 27 mai 2014 « a règlementé l'audition libre en instituant, de manière complexe et en se référant au critère de la contrainte, le statut des suspects libres, qu'ils soient soupçonnés *ab initio* ou en cours d'audition » (P. HENNION-JACQUET, La consécration légale du statut du suspect libre. Quand la transposition des directives européennes conduit à une dualité de régimes superflue, *Gaz. pal.*, 27-29 juill. 2014, n°208 à 210, p. 9 et s., spéc. p. 10.

¹⁹⁷⁰ V. B. CHAPLEAU, L'audition libre des mineurs à l'aune de la loi du 27 mai 2014, *D.*, 2014, p. 1506 et s.

¹⁹⁷¹ Cass. crim., 6 nov. 2013, *Bull. crim.*, n°220 ; *A.J. pénal*, 2014, *jurisp.*, p. 89, obs. L. BELFANTI ; *Procédures*, 2014, *comm.* n°55, note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; *Gaz. pal.*, 9-11 fév. 2014, n°40 à 42, p. 39, obs. F. FOURMENT ; *Rev. sc. crim.*, 2014, p. 138, obs. J. DANET ; *R.P.D.P.*, 2014, *chron.*, p. 170, obs. M.-C. GUERIN, prononçant la cassation et posant que « le mineur, conduit par les policiers auprès d'un O.P.J. pour être entendu sur une infraction qu'il est soupçonné d'avoir commise, se trouve nécessairement dans une situation de contrainte et doit bénéficier des droits attachés au placement en garde à vue, prévus par l'article 4 de l'ordonnance du 2 février 1945 ».

¹⁹⁷² En ce sens aussi : B. CHAPLEAU, *op. cit.*, p. 1507. Ni l'information des parents ni l'enregistrement audiovisuel ne sont prévus par la loi du 27 mai 2014 pour l'audition libre d'un mineur, alors que ces droits existent en matière de garde à vue. Le mineur bénéficie des mêmes droits que le majeur, il ne fait pas l'objet d'une protection renforcée avec l'audition libre.

¹⁹⁷³ D'aucuns le regrettent : V. J.-L. LENNON, *Les raisons (...)*, *op. cit.*, p. 890.

¹⁹⁷⁴ Celui-ci dispose désormais : « Si, avant d'être placée en garde à vue, la personne a été appréhendée ou a fait l'objet de toute autre mesure de contrainte pour ces mêmes faits, l'heure du début de la garde à vue est fixée, pour le respect des durées prévues au II du présent article, à l'heure à partir de laquelle la personne a été privée de liberté ».

rétroagir le début de la mesure au moment où la personne arrive sans contrainte dans les locaux de police ou de gendarmerie¹⁹⁷⁵. L'utilité du caractère coercitif des actes, plus généralement de cette catégorie d'actes, n'apparaît pas au seul stade de l'enquête de police. Elle se fait jour au stade de l'information.

B – Dans la phase de l'information judiciaire

346. Il arrive que l'acte coercitif constitue le critère de l'ouverture d'une instruction préparatoire. Procéder à ce genre d'actes s'avère parfois indispensable en vue de faire la lumière sur les faits. Ils deviennent alors la justification de l'ouverture d'une information (1°). Au cours de celle-ci, le magistrat instructeur peut découvrir des faits nouveaux. Il ne saurait accomplir des actes coercitifs dans de telles circonstances. Cette notion pose donc une limite aux pouvoirs de ce juge (2°). En outre, l'article 8, alinéa 2, de l'ordonnance du 2 février 1945 relative aux mineurs délinquants autorise le juge des enfants à effectuer une enquête par voie officieuse. Cette disposition semble néanmoins inapplicable aux actes coercitifs. Pour ceux-ci, le juge reste soumis au respect des formes prescrites par le Code de procédure pénale (3°).

1°- La justification de l'ouverture d'une information

347. L'emploi de la coercition est réglementé par le Code de procédure pénale. L'enquête de flagrance demeure fort coercitive. Malgré son alignement progressif sur celle-ci, l'enquête préliminaire l'est moins. L'information judiciaire investit, pour sa part, le juge d'instruction – ainsi que le juge des libertés et de la détention – de pouvoirs coercitifs importants. C'est même en son sein que subsistent les actes les plus graves, les plus attentatoires aux libertés individuelles. Il suffit de songer à la détention provisoire. Le cadre juridique de la procédure dans lequel agissent les O.P.J. ou les magistrats détermine l'étendue de leurs prérogatives¹⁹⁷⁶. Dans certaines situations, l'adoption d'actes coercitifs suppose l'ouverture d'une instruction. Cette ouverture n'est décidée que pour pouvoir recourir à de tels actes, malgré l'attribution de pouvoirs de plus en plus importants aux enquêteurs, « grâce à la caution du contrôle externe apportée par le juge des libertés et de la détention »¹⁹⁷⁷.

¹⁹⁷⁵ La durée des auditions réalisées sur les mêmes faits est prise en compte pour le calcul de la durée de la garde à vue.

¹⁹⁷⁶ En plus de la qualité de l'auteur de l'acte, magistrat ou O.P.J., O.P.J. ou simple A.P.J. En effet, les perquisitions, la garde à vue, etc, ne peuvent pas être décidées par un A.P.J.

¹⁹⁷⁷ P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *Le juge des libertés et de la détention. Entre présent et avenir*, Thèse, Paris II, 2011, n°363, p. 257, ajoutant que le « législateur opère un glissement progressif de la phase judiciaire à la phase policière. Il s'agit en somme d'éviter l'ouverture d'une information qui ne serait motivée que par un défaut de pouvoirs de contraintes liés à l'absence de flagrance, alors pourtant que ni la gravité ni la complexité des faits ne paraissent justifier une instruction judiciaire. En acquérant des pouvoirs d'investigation jusque-là réservés aux seuls juges d'instruction, tels que les mandats de recherche, les écoutes téléphoniques et les perquisitions, le procureur de la République se trouve ainsi dispensé de recourir à

348. L'hypothèse peut se présenter en enquête préliminaire au cas de refus de perquisition opposé aux O.P.J. par la personne chez qui l'opération doit avoir lieu. Son assentiment exprès, recueilli par écrit demeure indispensable, sauf si l'intéressé ne sait pas écrire auquel cas il en est fait mention au procès-verbal¹⁹⁷⁸. La loi du 9 mars 2004 a, certes, introduit une exception importante à cette règle en permettant au juge des libertés et de la détention, requis par le procureur de la République, de prescrire par décision écrite et motivée que les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ou de biens dont la confiscation est prévue par l'article 131-21 du Code pénal, soient effectuées sans l'accord de l'individu chez qui elles ont lieu, si les nécessités de l'enquête relative à un crime ou à un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement l'exigent ou si la recherche de biens dont la confiscation est envisagée par le texte précité le justifie¹⁹⁷⁹. Si l'enquête préliminaire porte sur une infraction punie d'une peine inférieure, il semble impossible de passer outre le refus de la personne. La seule possibilité de pénétrer dans son domicile consiste, pour le ministère public, à ouvrir une information judiciaire. Le magistrat instructeur pourra délivrer une commission rogatoire aux O.P.J., lesquels seront autorisés à entrer chez elle, au besoin de manière coercitive. Dans le cadre de l'article 141-5 du C.P.P., institué par la loi n°2014-896 du 15 août 2014 et applicable au 1^{er} octobre 2014, une perquisition est possible chez une personne qui, placée sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence avec surveillance électronique, est soumise à l'interdiction de détenir une arme, lorsqu'il existe des indices graves ou concordants que des armes se trouvent actuellement à son domicile, mais « après avoir recueilli l'accord du juge d'instruction ou sur instruction de ce magistrat »¹⁹⁸⁰. En résumé, l'instruction préparatoire est ouverte essentiellement pour accomplir un acte coercitif.

349. Cette idée reçoit une autre illustration. A l'expiration du délai de garde à vue, il apparaît souvent exclu qu'un individu recouvre sa liberté d'aller et venir. Or, le parquet n'a pas toujours la possibilité de le traduire devant le tribunal correctionnel par la voie de la comparution immédiate¹⁹⁸¹.

l'ouverture d'une information : il lui suffit de saisir directement le juge des libertés et de la détention pour mieux déjouer l'absence d'assentiment du suspect et réaliser les actes envisagés ».

¹⁹⁷⁸ Art. 76, al. 1 du C.P.P.

¹⁹⁷⁹ Art. 76, al. 4 du C.P.P.

¹⁹⁸⁰ Rapp., art. 709-1-2 du C.P.P., créé par la loi du 15 août 2014, applicable lorsqu'une personne condamnée a interdiction de détenir une arme, en raison de sa condamnation, et lorsqu'il existe des indices graves ou concordants que des armes se trouvent actuellement à son domicile. Sur instruction du procureur de la République ou du juge de l'application des peines ou après autorisation de l'un de ces magistrats, les enquêteurs peuvent mener une perquisition à son domicile selon les modalités prévues aux articles 56 à 58 du C.P.P. (enquête sur infraction flagrante) tout en respectant les heures légales. Si des armes sont découvertes, elles sont saisies et placées sous scellés. V. J.-H. ROBERT, *Punir dehors (...), op. cit.*, n°17.

¹⁹⁸¹ Il a été jugé qu'il se déduit de l'article 397-2, alinéa 2, du C.P.P. que, lorsque le tribunal renvoie le dossier au procureur de la République en raison de la complexité de l'affaire et des investigations supplémentaires approfondies qu'elle implique, ce magistrat doit requérir l'ouverture d'une information judiciaire : Cass. crim., 21 nov. 2012, Bull. crim., n°254 ; Dr. pénal, 2013, comm. n°13, note A. MARON et M. HAAS. Certaines de ces « investigations supplémentaires approfondies » seront sans doute coercitives. Il y a eu toutefois un revirement depuis cet arrêt, la Cour de cassation ayant exclu le renvoi du dossier au parquet lorsque le tribunal correctionnel est saisi selon la procédure de convocation par procès-verbal. En effet, « c'est uniquement lorsqu'il est saisi selon la procédure de comparution immédiate que le tribunal peut, (...) par un jugement non susceptible d'appel, renvoyer le dossier au procureur de la République, en vue de la saisine du juge d'instruction : V. Cass. crim., 10 juill. 2013, Bull. crim., n°173 ; Rev. sc. crim., 2013, p. 596, obs. (critiques) J. DANET.

Ouvrant une information, la personne est aussitôt déférée devant un juge d'instruction qui peut décider de la mettre en examen. Si ce magistrat prononce sa mise en examen et estime qu'un placement en détention provisoire paraît s'imposer, il saisit par ordonnance le juge des libertés et de la détention¹⁹⁸². Celui-ci peut ordonner le placement en détention provisoire du mis en examen si les conditions légales sont remplies. Le but de l'ouverture de l'instruction préparatoire apparaît, là encore, patent : effectuer un acte coercitif¹⁹⁸³. D'un point de vue distinct, les actes coercitifs s'avèrent à nouveau déterminants.

2°- La limitation des pouvoirs du juge d'instruction en cas de découverte de faits nouveaux

350. C'est la question de l'étendue de la saisine du juge d'instruction qui a mis en exergue la catégorie d'acte coercitif dans la réalité juridique. Pourtant, la position de la chambre criminelle apparaît établie depuis longtemps à ce sujet. Elle a précisé que ce magistrat ne peut pas informer sur des faits dont il n'a pas été préalablement saisi¹⁹⁸⁴. Saisi *in rem*, le juge ne doit développer son information que sur les faits faisant l'objet du réquisitoire introductif du parquet. Cette règle est le corollaire du principe de la séparation des fonctions de poursuite et d'instruction¹⁹⁸⁵. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 6 février 1996¹⁹⁸⁶ a contribué au respect de ce principe. Il a surtout permis d'identifier les actes interdits au juge d'instruction lorsqu'il découvre des faits nouveaux. Dans un attendu de principe, la chambre criminelle affirme que « les pouvoirs accordés au juge d'instruction par l'article 81, premier alinéa du Code de procédure pénale et qui lui permettent de procéder, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité, sont limités aux seuls faits dont il est régulièrement saisi en application des articles 80 et 86 de ce code ; que, lorsque ce magistrat acquiert la connaissance de faits nouveaux, si l'article 80 ne lui interdit pas, avant toute communication au procureur de la République, d'en consigner la substance dans un procès-verbal et, le cas échéant, d'effectuer d'urgence des vérifications sommaires pour en apprécier la vraisemblance, il ne peut, sans excéder ses pouvoirs, procéder à des actes qui présentant un caractère coercitif, exigent la mise en mouvement préalable de l'action publique ».

351. En l'espèce, les actes coercitifs consistent pour l'essentiel en des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, une perquisition et une saisie, ainsi qu'un mandat d'amener. Ces actes attentatoires aux libertés individuelles sont prohibés car le magistrat

¹⁹⁸² Art. 145, al. 1 du C.P.P. Dans l'hypothèse du désaccord avec le parquet et de refus du juge d'instruction de saisir le juge des libertés et de la détention : art. 137-4, al. 1 du C.P.P. Sur la saisine directe du juge des libertés et de la détention par le parquet : art. 137-4, al. 2 du C.P.P.

¹⁹⁸³ Rapp., F. CASORLA, Le procureur de la République (...), *op. cit.*, p. 120, notant que « la nécessité de recourir à un moyen de coercition est (...) un des motifs importants justifiant la saisine du juge d'instruction (...) ».

¹⁹⁸⁴ V. entre autres, Cass. crim., 11 déc. 1908, Bull. crim., n°495 ; S., 1909, I, p. 228.

¹⁹⁸⁵ V. D. REBUT, Information judiciaire (...), *op. cit.*, p. 288. V. aussi, Cass. crim., 10 mai 1994, Bull. crim., n°180.

¹⁹⁸⁶ Cass. crim., 6 fév. 1996, Bull. crim., n°60, préc. ; D., 1996, jurisp., p. 198, note J. PRADEL et D., 1996, somm. comm., p. 262, obs. J. PRADEL ; J.C.P., 1996, II, 22634, note P. CHAMBON ; Dr. pénal, 1996, comm. n°74, note A. MARON ; Justices, 1996, n°4, chron. D. REBUT, préc.

instructeur ne peut pas s'autosaisir. Le principe de séparation des fonctions de justice l'interdit. Le ministère public doit avoir déclenché auparavant l'action publique pour que le juge puisse effectuer de tels actes. Il détient le monopôle des poursuites pénales lorsque des faits nouveaux sont découverts par le juge d'instruction¹⁹⁸⁷. La jurisprudence n'a jamais remis en cause le principe dégagé dans l'arrêt de 1996¹⁹⁸⁸.

352. La solution demeure différente si ce sont les O.P.J. qui, lors de l'exécution d'une commission rogatoire délivrée par le magistrat instructeur, découvrent des faits nouveaux. Ils en informent en principe le juge mandant¹⁹⁸⁹ ainsi que le procureur de la République¹⁹⁹⁰. A l'égard de tels faits, ils devraient normalement être liés par la saisine *in rem* du juge d'instruction puisqu'ils agissent en vertu de sa délégation¹⁹⁹¹. Or, la jurisprudence a trouvé le moyen juridique de les libérer de ce carcan. Elle considère les O.P.J. incapables de procéder à des actes coercitifs sous le couvert de l'exécution de la commission rogatoire¹⁹⁹². Ils peuvent juste accomplir d'urgence des vérifications sommaires pour en apprécier la vraisemblance¹⁹⁹³. Cependant, ils peuvent exercer l'ensemble des pouvoirs qu'ils tiennent des règles prévues pour l'enquête préliminaire ou de flagrance¹⁹⁹⁴; ou même ceux qui leur sont délégués par une commission rogatoire délivrée dans le cadre d'une autre information¹⁹⁹⁵.

¹⁹⁸⁷ *Adde*, art. 80, al. 4 du C.P.P., dans sa rédaction issue de la loi du 23 juin 1999, prévoyant qu'une constitution de partie civile additionnelle dénonçant des faits nouveaux ne saisit le juge d'instruction que si le procureur de la République requiert qu'il soit instruit sur ces faits : V. Cass. crim., 26 sept. 2000, J.C.P., 2001, IV, 1076. Sur l'apport de la loi du 23 juin 1999 à l'article 80 du C.P.P., F. LE GUNHEC, Présentation de la loi n°99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale (deuxième partie), J.C.P., 1999, act., p. 1393 et s., spéc. p. 1394.

¹⁹⁸⁸ V. Cass. crim., 30 mai 1996, Bull. crim., n°226, préc. (même formulation) ; Dr. pénal, 1996, comm. n°169 et 174, note A. MARON ; Rev. sc. crim., 1996, p. 880, obs. J.-P. DINTILHAC ; Cass. crim., 24 nov. 1998, Dr. pénal, 1999, comm. n°50, note A. MARON ; Cass. crim., 1^{er} déc. 1998, Dr. pénal, 1999, comm. n°49, note A. MARON ; Cass. crim., 30 juin 1999, D., 1999, somm. comm., p. 326, obs. J. PRADEL ; Cass. crim., 27 mars 2012, Bull. crim., n°82.

¹⁹⁸⁹ Cass. crim., 14 janv. 1992, Bull. crim., n°13 ; Cass. crim., 1^{er} fév. 2011, Bull. crim., n°15. Dans son dernier état, la jurisprudence a toutefois posé « qu'aucune obligation légale ne pèse sur les officiers de police judiciaire, agissant en exécution d'une commission rogatoire, d'aviser le juge d'instruction de la découverte d'infractions non comprises dans leur saisine s'ils sollicitent immédiatement les instructions du procureur de la République, comme le prescrit l'article 40 du Code de procédure pénale (...) ».

¹⁹⁹⁰ Cass. crim., 9 fév. 1993, Bull. crim., n°66, où l'information du procureur ne semble constituer qu'une faculté pour les O.P.J. ; Cass. crim., 21 fév. 1995, Bull. crim., n°75, où cette information apparaît bien obligatoire ; Cass. crim., 13 déc. 2006, Inédit, n°06-86968 ; Cass. crim., 1^{er} fév. 2011, préc.

¹⁹⁹¹ En ce sens, D. REBUT, *op. cit.*, p. 294.

¹⁹⁹² Pour des espèces où la chambre criminelle relève l'absence d'acte coercitif sur les faits nouveaux : Cass. crim., 6 oct. 2004, Inédit, n°03-80825 ; Cass. crim., 20 nov. 2007, Inédit, n°07-86503. Mais des actes coercitifs peuvent évidemment être effectués par les O.P.J. dès lors qu'ils entrent dans les limites de la saisine du juge d'instruction : Cass. crim., 1^{er} oct. 2003, Bull. crim., n°177 ; Cass. crim., 13 déc. 2006, Inédit, n°06-86968, préc.

¹⁹⁹³ A l'instar du juge d'instruction : V. par ex., Cass. crim., 11 mai 2000, Dr. pénal, 2000, chron. n°36 par C. MARSAT ; Cass. crim., 1^{er} fév. 2011, préc. ; Cass. crim., 27 mars 2012, préc.

¹⁹⁹⁴ Cass. crim., 11 juin 1985, Bull. crim., n°227 ; Cass. crim., 17 mai 1994, Bull. crim., n°186 ; Justices, 1996, n°4, p. 295, obs. D. REBUT ; Cass. crim., 19 janv. 1999, Bull. crim., n°9 ; J.C.P., 1999, II, 10156, note (critique) D. REBUT ; Rev. sc. crim., 1999, p. 588, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; Dr. pénal, 1999, comm. n°77, note A. MARON ; Cass. crim., 13 déc. 2000, Bull. crim., n°377 ; Cass. crim., 7 mai 2002, Inédit, n°01-80317 ; Cass. Ass. plén., 22 nov. 2002, Bull. Ass. plén., n°2. Un arrêt a semblé s'écarter de cette solution, mais il est resté isolé : Cass. crim., 1^{er} avril 1998, Bull. crim., n°124 ; R.G.D.P., 1999, p. 90, chron. D. REBUT, refusant l'application distributive des cadres juridiques de l'action policière en fonction de l'acte effectué ; Cass. crim., 30 avril 2014, n°08-85410 et 12-85115, E.C.P.B. ; D., 2014, p. 1042 ; Gaz. pal., 13-14 juin 2014, n°164 à 165, p. 17, note (approbative) R. MESA ; Gaz. pal., 27-29 juill. 2014, n°208 à 210, p. 35, obs. F. FOURMENT, marquant une évolution par rapport à Cass. crim., 27 mars 2012, préc.

¹⁹⁹⁵ Cass. crim., 26 mars 2003, Procédures, 2003, comm. n°180, note J. BUISSON.

353. Plus généralement, si l'infraction découverte est flagrante, elle permet l'ouverture d'une enquête de flagrance. Si elle ne possède pas ce caractère, les O.P.J. agissent dans le cadre d'une enquête préliminaire. Des actes coercitifs, telle une saisie, peuvent être effectués à l'égard de faits nouveaux dans la première hypothèse¹⁹⁹⁶. Dans la seconde, l'assentiment de l'individu reste nécessaire pour pratiquer cet acte¹⁹⁹⁷. *Mutatis mutandis*, la Cour de cassation semble appliquer à l'exécution des commissions rogatoires par les O.P.J., sa jurisprudence relative aux procédures incidentes dans le cadre des enquêtes de police¹⁹⁹⁸. Une partie de la doctrine condamne à juste titre cette évasion de la saisine *in rem*¹⁹⁹⁹. Celle-ci aboutit, en fin de compte, à créer une distorsion de régime en fonction de l'auteur de la découverte des faits nouveaux, juge d'instruction ou O.P.J. agissant sur délégation. Il reste que la jurisprudence n'apparaît pas très claire sur la question. En témoigne l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 27 mars 2012, dont les termes écartent toute possibilité pour les O.P.J. d'exécuter des actes coercitifs, fût-ce en vertu de leurs pouvoirs propres²⁰⁰⁰. Mais l'arrêt rendu le 30 avril 2014 semble marquer une nouvelle évolution par rapport à cet arrêt de 2012 et revenir, au fond, à la solution traditionnelle²⁰⁰¹. Quoi qu'il en soit, la catégorie des actes coercitifs montre toute son utilité pour clarifier un problème juridique fréquent en pratique. Dans un autre domaine, elle se distingue par sa spécificité.

3°- La soumission du juge des enfants au respect des formes prescrites par le Code de procédure pénale

354. L'article 8 de l'ordonnance du 2 février 1945 relative aux mineurs délinquants dispose que le juge des enfants effectue « toutes diligences et investigations utiles pour parvenir à la manifestation de la vérité et à la connaissance de la personnalité du mineur ainsi que des moyens appropriés à sa rééducation »²⁰⁰². Il peut accomplir les mêmes actes que le magistrat instructeur. Mais à la différence

¹⁹⁹⁶ V. Cass. crim., 30 oct. 2012, Bull. crim., n°228 (saisie pratiquée par d'autres O.P.J. que ceux agissant sur commission rogatoire).

¹⁹⁹⁷ V. par ex., Cass. crim., 31 oct. 2006, préc., indiquant que les O.P.J. n'ont pris aucune mesure coercitive dans le cadre de l'enquête préliminaire (incidente) qui leur a été confiée.

¹⁹⁹⁸ V. Cass. crim., 27 sept. 1984, Bull. crim., n°275. Une perquisition diligentée en enquête sur infraction flagrante pour vol révèle des documents (photographies représentant des jeunes gens nus et dans des positions indécentes) faisant apparaître la commission d'autres infractions que celle sur laquelle porte l'enquête. Les O.P.J. saisissent ces documents. La chambre criminelle confirme la validité de la procédure incidente, dans la mesure où les O.P.J. agissaient en flagrant délit.

¹⁹⁹⁹ V. not., D. REBUT, *op. cit.*, p. 295 et 296, pour qui « c'est la commission rogatoire qui permet aux officiers de police judiciaire de procéder à une enquête sur des faits dont ils n'auraient pas pu avoir connaissance. Il ne s'agit donc pas de deux procédures parallèles, puisque l'enquête de police vient se greffer sur l'exécution de la commission rogatoire, qui en constitue la condition nécessaire et préalable » ; D. REBUT, note sous Cass. crim., 19 janv. 1999, J.C.P., 1999, II, 10156.

²⁰⁰⁰ Cass. crim., 27 mars 2012, préc. : « Attendu (...) que les officiers de police judiciaire qui, à l'occasion de l'exécution d'une commission rogatoire, acquièrent la connaissance de faits nouveaux, peuvent, avant toute communication au juge d'instruction des procès-verbaux qui les constatent, effectuer d'urgence, **en vertu des pouvoirs propres qu'ils tiennent de la loi**, les vérifications sommaires qui s'imposent pour en apprécier la vraisemblance, **pourvu que**, comme en l'espèce, **elles ne présentent pas un caractère coercitif** exigeant la mise en mouvement préalable de l'action publique ».

²⁰⁰¹ Cass. crim., 30 avril 2014, n°08-85410 et 12-85115, préc.

²⁰⁰² Les investigations de personnalité légalement prévues sont essentielles pour les mineurs. V. par ex., Cass. crim., 19 nov. 2013, Bull. crim., n°231 ; R.P.D.P., 2014, chron., p. 168, obs. M.-C. GUERIN. La loi n°2011-939 du 10 août 2011 a créé un dossier unique de personnalité du mineur et un décret n°2014-472 du 9 mai 2014 a été adopté (J.O. du 11 mai 2014, p. 7894).

de ce dernier, il peut procéder à une enquête par voie officieuse²⁰⁰³. Le deuxième alinéa de l'article 8 de ladite ordonnance lui offre cette faculté. Selon la Cour de cassation, cette enquête « n'impose pas le respect des formes prescrites par les articles 79 à 190 du Code de procédure pénale et notamment pas celles de son article 160 dont la violation est invoquée »²⁰⁰⁴. Le juge des enfants peut ainsi contourner le formalisme légal, partant certaines garanties de procédure²⁰⁰⁵. Instituée dans un but d'efficacité et de rapidité, l'enquête par voie officieuse apparaît prévue, à l'origine, pour les affaires les plus simples, c'est-à-dire celles où la manifestation de la vérité ne suscite guère de difficultés. Elle est possible tant pour les investigations relatives aux faits que pour celles inhérentes à la personnalité du mineur.

355. Seulement, l'instruction par voie officieuse ne concerne pas tous les actes susceptibles d'être exécutés par le juge des enfants. Elle s'avère inapplicable aux actes coercitifs²⁰⁰⁶. Aux termes de l'article 8, alinéa 3, de l'ordonnance du 2 février 1945, ce juge peut « décerner tous mandats utiles ou prescrire le contrôle judiciaire en se conformant aux règles du droit commun, sous réserve des dispositions des articles 10-2 et 11 ». Dès l'instant où il souhaite porter atteinte aux libertés individuelles, le juge des enfants est donc tenu de respecter les formalités légales édictées pour les majeurs. En respectant le droit commun, il peut délivrer des mandats de recherche, d'amener ou d'arrêt. S'agissant du mandat de dépôt, il a l'obligation de saisir le juge des libertés et de la détention, à l'instar du juge d'instruction. Le placement sous contrôle judiciaire peut être ordonné par le juge des enfants ou le juge des libertés et de la détention²⁰⁰⁷. Eu égard à leur caractère coercitif, il semble aussi logique de subordonner la validité des perquisitions et saisies au respect des règles énoncées par le Code de procédure pénale, malgré le silence conservé à ce sujet par l'article 8 de l'ordonnance de 1945²⁰⁰⁸.

356. L'enquête officieuse n'est pas choquante si l'on rappelle que le droit pénal des mineurs, au moins à l'origine, privilégie l'éducation à la répression²⁰⁰⁹. Le juge des enfants bénéficie d'une certaine souplesse pour instruire et choisir les mesures appropriées. Dans les affaires simples, où les faits ne sont pas contestés, cette procédure se montre des plus adaptées. Elle permet de choisir très vite

²⁰⁰³ Sur la question : P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, Précis, 2^{ème} éd., 2014, n°1532 ; J.-F. RENUCCI, C. COURTIN, *Le droit pénal des mineurs*, P.U.F., *Que sais-je ?*, 4^{ème} éd., 2001, p. 80.

²⁰⁰⁴ Cass. crim., 22 nov. 1994, Bull. crim., n°371. En l'espèce, un médecin commis par le juge des enfants pour examiner la victime de viols n'a pas prêté serment. Il n'est pourtant pas inscrit sur une liste d'experts. La Cour de cassation valide la procédure, le médecin n'ayant pas à prêter le serment des experts prévu à l'article 160 du C.P.P. ; V. aussi, Cass. crim., 14 mai 2013, Bull. crim., n°104 ; R.P.D.P., 2014, chron., p. 172, obs. M.-C. GUERIN, préc., n'imposant pas le respect des formes prescrites par l'article 184 du C.P.P. relatives à l'ordonnance de renvoi devant la juridiction de jugement.

²⁰⁰⁵ L'article 8, al. 2, de l'ordonnance du 2 février 1945 précise *in fine* que « dans ce dernier cas, et si l'urgence l'exige, le juge des enfants pourra entendre le mineur sur sa situation familiale ou personnelle sans être tenu d'observer les dispositions du deuxième alinéa de l'article 114 du Code de procédure pénale ».

²⁰⁰⁶ En ce sens également : M.-C. GUERIN, obs. sur Cass. crim., 14 mai 2013, R.P.D.P., 2014, chron., p. 172 et 173.

²⁰⁰⁷ V. J. POUYANNE, *Le nouveau droit pénal intéressant les mineurs, ou la difficulté d'être entre protection et répression*, Dr. pénal, 2003, chron., n°14 ; J.-F. RENUCCI, C. COURTIN, *op. cit.*, p. 82.

²⁰⁰⁸ Dans le même sens : P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, n°1532.

²⁰⁰⁹ V. P. BONFILS, *La primauté de l'éducation sur la répression*, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 55 et s., spéc. n°11, p. 59 et 60, sur la dimension procédurale.

une mesure éducative adaptée à la personnalité de l'enfant. En revanche, lorsque l'affaire se révèle complexe ou grave et nécessite des investigations importantes sur les faits ou la personnalité du mineur, le magistrat préférera sans doute utiliser les règles prévues par le Code de procédure pénale. De toute façon, si des actes coercitifs sont effectués, celui-ci n'a pas le choix. Il doit respecter les formes légales²⁰¹⁰. Il ne saurait non plus méconnaître les principes directeurs du procès pénal, tels la présomption d'innocence ou la nécessité et proportionnalité des actes coercitifs²⁰¹¹. Si les actes les plus graves demeurent bien encadrés, le juge des enfants bénéficie du droit d'exécuter conjointement des actes formels et la procédure officieuse²⁰¹². Autrement dit, il peut recourir aux deux systèmes lors de la même information. En dépit de sa souplesse indéniable, ce procédé peut néanmoins entamer la sécurité juridique et les droits de la défense²⁰¹³. En tout cas, les actes coercitifs se distinguent par leur spécificité, ce qui renforce une fois de plus l'idée qu'ils forment bien une catégorie à part entière.

357. L'acte coercitif possède en fin de compte une nature juridique hétérogène. Il peut s'agir d'un acte de police judiciaire, d'un acte d'instruction ou même d'un acte de juridiction. Les catégories traditionnelles (mesures d'administration judiciaire, actes juridictionnels, actes de poursuite et d'instruction auxquels se rattachent les actes de police judiciaire) apparaissent donc inadéquates à cette nouvelle catégorie juridique. Susceptible de se rattacher à plusieurs d'entre-elles, l'acte coercitif les transcende²⁰¹⁴. De plus, elles demeurent souvent inadaptées par rapport à celui-ci. La catégorie des actes coercitifs offre en effet de nombreux avantages. Elle peut déjà servir à bâtir une nouvelle classification des actes en procédure pénale, bipartite cette fois. Elle présente aussi des intérêts non négligeables sur le plan pratique en permettant de distinguer l'enquête préliminaire de l'enquête de flagrance, bien que la première tende à devenir de plus en plus coercitive et s'aligne progressivement sur la seconde. Elle permet surtout de délimiter et encadrer les pouvoirs du juge d'instruction lorsqu'il découvre des faits nouveaux.

²⁰¹⁰ La commission VARINARD consacrait ce principe dès qu'il était question d'atteinte aux libertés. Sur ce point, G. BARBIER, obs. sur Cass. crim., 14 mai 2013, D., 2014, p. 321, spéc. p. 322.

²⁰¹¹ V. Cass. crim., 14 mai 2013, préc. Le juge des enfants est tenu de respecter les principes fondamentaux de la procédure pénale, consacrés tant par l'article préliminaire du Code de procédure pénale que par les articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. V. P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *op. et loc. cit.*

²⁰¹² V. Cass. crim., 27 avril 2004, Inédit, n°03-82524, et notamment les motifs de l'arrêt d'appel.

²⁰¹³ V. Cass. crim., 27 avril 2004, préc. En l'espèce, un mineur a été renvoyé devant le tribunal pour enfants sans que les formes prévues à l'article 175 du C.P.P. ne soient respectées, c'est-à-dire sans que l'ordonnance de renvoi soit précédée de l'avis de fin d'information. La chambre criminelle approuve les juges du fond d'avoir déclaré la procédure valable. V. aussi, J.-F. RENUCCI, C. COURTIN, *op. cit.*, p. 81.

²⁰¹⁴ Il a fallu procéder, en définitive, à « l'analyse d'ensemble des relations qui consiste (...) à repérer les sous-systèmes à l'intérieur même du système et d'en définir les modes d'agencement » : R. GASSIN, *Système et droit*, *op. cit.*, p. 362.

CONCLUSION DU TITRE I

358. Ayant permis de souligner l'existence d'une notion appartenant à la réalité juridique, eu égard à sa présence dans les sources du droit, en l'occurrence dans la loi et la jurisprudence, la détermination de l'acte coercitif s'est révélée enrichissante. Cet acte se présente à la fois comme un acte juridique et matériel. Il revêt une nature hétérogène, en ce sens qu'il emprunte la forme de plusieurs qualifications traditionnelles en procédure pénale. Il constitue en réalité une notion parallèle à celles qui existent. Celui-ci se retrouve d'ailleurs à tous les stades de la procédure. S'il apparaît principalement dans la phase préparatoire du procès pénal, au stade des enquêtes et de l'instruction, il ne déserte pas pour autant les phases de jugement et d'exécution des peines. L'acte coercitif est omniprésent. Cette notion, plutôt conceptuelle, forme une catégorie juridique propre, certes moins large que celle des mesures de contrainte chères à l'article préliminaire du Code de procédure pénale et dont relèvent les actes assortis de contrainte psychologique.

359. Jusqu'à présent, une définition provisoire, sommaire de l'acte coercitif a été fournie pour les besoins du « couple inséparable » que forme la définition avec la qualification²⁰¹⁵. Mais elle ne suffit pas à explorer la notion d'acte coercitif, dont il reste à étudier la substance, les critères singuliers. Seuls ceux-ci vont en dessiner la spécificité. Fondamental dans la sphère juridique, le rôle joué par la définition a été mis en évidence. Elle demeure perçue comme « un des procédés de la technique du Droit », « le moyen normal de fixer la signification des mots et, par là, d'encadrer les concepts qu'ils désignent, par rapprochement et opposition avec le "déjà connu", (...) en matière de droit, (c'est) un instrument capital tant pour avancer la connaissance des préceptes que pour en assurer l'action »²⁰¹⁶. Voilà l'intérêt de s'attacher à définir l'acte coercitif.

²⁰¹⁵ G. CORNU, Les définitions dans la loi et les textes réglementaires. Rapport de synthèse, R.R.J., 1987, p. 1175 et s., spéc. p. 1180.

²⁰¹⁶ F. GENY, Science et technique (...), t. I, *op. cit.*, n°52, p. 152.

TITRE II : LA DEFINITION DE L'ACTE COERCITIF

360. Parmi l'extrême diversité des définitions, se rencontrent des définitions réelles et nominales, extensives et ostensives, analytiques et synthétiques, équationnelles et descriptives, opérationnelles et génétiques, etc²⁰¹⁷. S'il s'avère inutile de reprendre chacune d'elles, « le but de la définition doit être de “faire connaître la chose (...) par l'indication de son genre et de ses différences” et de donner une “formule de l'essence”, ou bien elle se sépare inexorablement du réalisme traditionnel, c'est-à-dire de l'épistémologie aristotélicienne »²⁰¹⁸. La distinction entre les définitions réelles et terminologiques, tout comme la différence évoquée entre les notions conceptuelles et fonctionnelles suffisent à définir l'acte coercitif en procédure pénale²⁰¹⁹. La définition réelle ou conceptuelle présente, à cet égard, des avantages incontestables sur la définition fonctionnelle ou même sur la définition terminologique (ou nominale), telle celle retenue jusqu'à ce stade de l'étude²⁰²⁰. Au contraire de la simple énumération, elle permet d'accéder à « l'élaboration d'une notion générale identifiable par ses critères associés »²⁰²¹. Mieux vaut alors la privilégier afin de saisir l'acte coercitif de la meilleure façon. Mais est-elle envisageable pour cet acte et, dans l'affirmative, lui est-elle adaptée ?

361. Définir la notion d'acte coercitif d'un point de vue conceptuel exige de rechercher ses critères propres. Cette tâche appelle à en écarter d'emblée certains. Fondé sur l'auteur de l'acte, le critère organique apparaît inadapté. Nul doute qu'un acte coercitif peut être décidé ou effectué par un magistrat, un O.P.J., voire un simple particulier dans des circonstances spécifiques, comme l'arrestation d'un individu en flagrant délit conformément aux dispositions de l'article 73 du C.P.P. Le critère organique se révélant peu opérant, son rejet s'impose. Il en va de même pour le critère temporel, qui tient compte du moment auquel l'acte se trouve accompli. Généralement opéré durant l'enquête de police ou lors de l'information, l'acte coercitif demeure parfois réalisé au cours du jugement et même au stade de l'exécution des peines. Le manque d'intérêt patent de ce critère permet

²⁰¹⁷ Pour l'énumération exhaustive : C. ATIAS, Définir les définitions juridiques ou définir le droit ?, R.R.J., 1987, p. 1081 et s., spéc. n°4, p. 1086. Sur les définitions légales, jurisprudentielles et doctrinales : J.-L. BERGEL, Importance, opportunité et rôle des définitions dans les textes législatifs et réglementaires, R.R.J., 1987, p. 1119 et s., not. n°2, p. 1120.

²⁰¹⁸ C. ATIAS, *op. cit.*, n°2, p. 1084. Il est fait référence à la définition de type aristotélicien, rigoureuse et complète, qui permet de parvenir à un encerclement de la notion et de dégager la nature juridique du concept en le « situant » au sein d'un « genre prochain » et en « l'opposant » aux concepts proches par l'identification des « différences spécifiques » qui les opposent : C. EISENMANN, Quelques problèmes de méthodologie (...), *op. cit.*, n°8, p. 30.

²⁰¹⁹ La définition fonctionnelle, qui définit un concept juridique par son but ou son effet. Très proche de la définition génétique, elle peut être considérée comme assimilable à une telle définition. V. R. GASSIN, Les définitions dans les textes en matière pénale, *op. cit.*, n°31, p. 1033 et 1034.

²⁰²⁰ Sur la critique des définitions génétiques : R. GASSIN, *op. cit.*, n°31, p. 1034, faisant remarquer qu'elles négligent le présent de l'objet visé, « ce qui le caractérise véritablement, ce qui en est l'essence même ».

²⁰²¹ G. CORNU, Les définitions dans la loi, *op. cit.*, n°14, p. 83, ajoutant (n°13), à propos de cette définition, que « déterminante, conceptuelle, doctrinale, elle se rattache au modèle aristotélicien ; elle énonce les attributs spécifiques qui caractérisent, en son genre, l'objet défini » et « est toujours constitutive d'une notion juridique » ; J.-L. BERGEL, *op. cit.*, n°15, p. 1128 et 1129 ; R. GASSIN, *op. cit.*, n°32, p. 1034, pour qui « la caractéristique essentielle d'un objet, c'est seulement la définition réelle qui la donne ».

de l'exclure. Aussi la détermination substantielle des critères d'un tel acte n'est pas chose aisée. Elle reste fort délicate. Il va falloir, malgré tout, persévérer dans cette voie eu égard à l'insuffisance de la définition fonctionnelle de l'acte coercitif (**CHAPITRE 1**). Seule sa définition conceptuelle se montre en effet adéquate (**CHAPITRE 2**).

CHAPITRE 1 : LA DEFINITION FONCTIONNELLE DE L'ACTE COERCITIF : UNE DEFINITION INSUFFISANTE

362. Donner une définition fonctionnelle de l'acte coercitif consiste à souligner les objectifs visés par ce genre d'acte. C'est mettre l'accent sur son utilité, sa finalité, sur ce à quoi il sert au lieu d'examiner ses particularités intrinsèques. L'acte coercitif semble alors étroitement lié à l'idée d'efficacité. Il apparaît comme un moyen efficace de lutter contre le trouble à l'ordre public résultant de l'infraction. En effet, pourquoi accomplir des actes qui portent atteinte aux libertés individuelles, sinon dans un souci d'efficacité de la procédure pénale²⁰²² ? Quoi qu'il en soit, l'étude du but d'un acte ne saurait être séparée de celle de son motif, dans la mesure où « le but n'apparaît jamais en réalité que comme développé à partir d'un motif »²⁰²³. Il convient dès lors d'appréhender le fondement de l'acte coercitif.

363. L'article préliminaire du Code de procédure pénale fournit de précieuses indications à ce sujet. Il dispose que « les mesures de contraintes dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet (...) doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne ». Le texte met en exergue la nécessité et son corollaire, la proportionnalité. Cette condition de nécessité se retrouve précisément dans différentes dispositions qui prévoient des actes coercitifs. Elle existe, par exemple, en matière de perquisition²⁰²⁴, d'interceptions téléphoniques²⁰²⁵, de contrôle judiciaire ou de détention provisoire²⁰²⁶. Condition récurrente, elle a même été qualifiée de « critère fondamental de tout acte de

²⁰²² Rapp., rapport de la Cour de cassation 2013, préc., not. Partie 3, titre II, chapitre 1, section 2, §5, à propos des perquisitions et gardes à vue décidées dans le cadre de la criminalité organisée. Les infractions relevant de la criminalité organisée portent de graves atteintes à l'ordre public et justifient « une réponse efficace ». Cela impose « une restriction aux droits et principes fondamentaux ordinairement garantis par la procédure pénale ». Il faut garder en mémoire que « la mesure de l'efficacité se pose à toutes les étapes de la chaîne pénale, depuis l'intervention policière jusqu'à la phase d'exécution de la sanction » : J.-P. JEAN, De l'efficacité en droit pénal, in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 135 et s., spéc. p. 137.

²⁰²³ J. BUISSON, L'acte de police, *op. cit.*, p. 473, s'appuyant sur BONNARD, qui affirme qu'« il y a toujours une certaine liaison entre le motif et le but d'un acte ».

²⁰²⁴ Art. 76, al. 4 du C.P.P. (cadre de l'enquête préliminaire).

²⁰²⁵ Art. 100 du C.P.P.

²⁰²⁶ Art. 137 du C.P.P.

contrainte»²⁰²⁷. Celle-ci n'est pourtant pas l'apanage de l'acte coercitif. Elle justifie aussi les incriminations et les sanctions, mais il s'agit là de droit pénal général et spécial²⁰²⁸. Elle peut encore constituer le motif de certains actes non coercitifs, tels un transport sur les lieux, une expertise ou une surveillance. Il n'empêche que la nécessité demeure la condition essentielle qui permet de fournir des titres de contrainte²⁰²⁹. Elle doit par conséquent être analysée comme le fondement particulier de l'acte coercitif (**Section I**). L'unicité de son fondement contraste avec la pluralité de ses finalités. La finalité de cet acte apparaît bien partagée (**Section II**).

Section I – Le fondement particulier de l'acte coercitif

364. La nécessité fonde la norme de contrainte²⁰³⁰. C'est elle qui permet de recourir à des actes coercitifs. Inscrite dans le Code de procédure pénale, elle répond au principe de légalité²⁰³¹. Elle ne fait cependant l'objet d'aucune définition. Quel est alors le sens des expressions « nécessités de la procédure », « nécessités de l'enquête » ou « de l'instruction » ? La loi n'a rien mentionné non plus à propos de son contrôle, ni de la sanction encourue en cas de méconnaissance de celle-ci. Il paraît donc difficile de faire l'économie d'une étude sur la condition de la nécessité de l'acte coercitif (§1), avant de s'intéresser à son contrôle (§2).

§1 – La condition de la nécessité de l'acte coercitif

365. Appréhender la nécessité revient à préciser le sens de cette notion (A). Déterminer à partir de quand elle survient, c'est fixer son seuil (B).

²⁰²⁷ W. EXPOSITO, La justice pénale et les interférences consensuelles, Thèse, Lyon III, 2005, n°202, p. 123.

²⁰²⁸ Selon l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires... ». V. par ex., C.C., 16 juill. 1996, n°96-377 DC, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, J.O. du 23 juill. 1996, p. 11108, cons. 8 et 9, où le Conseil procède à une censure au sujet d'une incrimination. Constitutive en outre d'une sanction, la rétention de sûreté a fait l'objet d'un contrôle de nécessité par le juge constitutionnel : V. C.C., 21 fév. 2008, n°2008-562 DC, préc., spéc. cons. 17 à 21. Sur ce principe de nécessité des incriminations, R. PARIZOT, La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie, L.G.D.J., 2010, Bibl. sc. crim., t. 48, préf. G. GIUDICELLI-DELAGE et A. BERNARDI, n°197 et s., p. 155 et s.

²⁰²⁹ Sur cette notion, V. *supra*, n°110 et 111. V. justement, J. BUISSON, La géolocalisation enfin prévue par une loi..., Procédures, 2014, Etude n°10, spéc. n°13 : « (...) il faut insister sur le fait que la légalité de tout acte coercitif se mesure d'abord, quelle que soit sa légalité formelle, par le respect de la condition, préalable, de la nécessité. (...) Un acte formellement légal peut s'avérer illégal si, à l'examen du dossier, il apparaît qu'il n'est pas nécessaire ».

²⁰³⁰ J. BUISSON, *op. cit.*, p. 629.

²⁰³¹ V. J.-F. CESARO, Le doute en droit privé, L.G.D.J., éd. Panthéon-Assas, Droit privé, 2003, préf. B. TEYSSIE, n°605, p. 637.

A – Le sens de la nécessité

366. Parce qu'il constitue le fondement de l'acte coercitif, ce concept doit faire l'objet d'une définition (2°). Mais pour savoir ce qu'il représente au sein de l'ordre juridique, encore faut-il le qualifier (1°).

1°- Qualification

367. La qualification a trait au contenant et au contenu de la nécessité. Il s'agit d'un standard (a) relativement large puisqu'elle englobe l'urgence (b).

a) La nécessité constitue un standard

368. Celle-ci forme une notion-cadre ou un standard juridique²⁰³². Notion adaptable et souple, ses contours peuvent être dessinés. Son contenu résulte de l'adaptation aux situations. « La notion traduit une réalité factuelle essentiellement changeante, une intensité variable des faits obligeant à prendre une mesure adaptée au but à atteindre »²⁰³³. Concept « circonstanciel », la nécessité varie avec le temps, le lieu et surtout les circonstances²⁰³⁴. Elle doit donc faire l'objet d'une appréciation concrète lorsqu'elle est utilisée par les O.P.J. ou les magistrats. Elle renvoie à l'opportunité d'accomplir un acte coercitif selon les données concrètes de l'espèce, tel un placement en garde à vue²⁰³⁵.

369. Ce standard n'apparaît pas uniquement au stade de l'exercice de la coercition par les personnes habilitées. Il intervient en amont, au moment où le législateur institue la norme de contrainte²⁰³⁶. Le Conseil constitutionnel contrôle la nécessité. A l'occasion de l'examen de la loi déferée, il vérifie l'application qui en est faite dans l'édiction de la norme²⁰³⁷. C'est que la nécessité permet de justifier les atteintes portées aux libertés individuelles. Elle remplit une fonction de médiation entre l'Etat et les individus²⁰³⁸. Elle sert aussi à réguler de telles atteintes dans la mesure où

²⁰³² Sur la définition du standard, V. *supra*, n°76 et 77.

²⁰³³ J. BUISSON, *op. cit.*, p. 631 ; N. FERREIRA, La coercition en droit public français, *op. cit.*, p. 183 et s.

²⁰³⁴ J. BUISSON, *op. cit.*, p. 633 et 636, où l'auteur s'appuie notamment sur l'étude de S. RIALS.

²⁰³⁵ V. P. CONTE, note sous Cass. crim., 4 janv. 2005, J.C.P., 2005, II, 10176. En ce sens aussi, N. FERREIRA, *op. cit.*, p. 184. C'est toujours le cas, bien évidemment, depuis la réforme opérée par la loi du 14 avril 2011.

²⁰³⁶ D'où la distinction établie par J. BUISSON, *op. cit.*, p. 640 et 641, entre la nécessité concrète et la nécessité abstraite.

²⁰³⁷ V. entre autres, C.C., 19-20 janv. 1981, n°80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, J.O. du 22 janv. 1981, p. 308, cons. 56 et 58 ; C.C., 16 juill. 1996, n°96-377 DC, *préc.*, cons. 17 à 19 ; C.C., 29 août 2002, n°2002-461 DC, *préc.*, cons. 66 et 85 ; C.C., 13 mars 2003, n°2003-467 DC, *préc.*, cons. 47 à 49.

²⁰³⁸ V. J. BUISSON, *op. cit.*, p. 642. Il s'agit en quelque sorte d'un curseur qui permet de légitimer les atteintes de l'Etat – détenteur de la contrainte – aux libertés des individus. V. aussi, P.-L. FRIER, *L'urgence*, L.G.D.J., 1987, *Bibl. dr. public*, t. 150, préf. G. DUPUIS, n°410, p. 511 : « La nécessité, au moins dans les régimes non-totalitaires, a justement pour objet, tout en permettant au droit de remplir sa mission, de limiter le pouvoir à ce qui est strictement indispensable en fonction du but à atteindre. La nécessité ne repose pas sur la force, mais sur le droit car seuls sont autorisés les moyens proportionnés à la finalité visée ».

elle intervient au niveau de la création de la norme de contrainte, de la mise en œuvre de cette contrainte et du contrôle du juge²⁰³⁹. Ce concept possède en outre un contenu assez vaste. L'urgence semble en faire partie.

b) La nécessité comprend l'urgence

370. De prime abord, l'urgence apparaît proche de la nécessité. A l'instar de celle-ci, il s'agit d'un standard²⁰⁴⁰. Elle s'analyse comme une notion téléologique, dominée par le but à atteindre²⁰⁴¹. « Notion rebelle à toute systématisation »²⁰⁴², vouloir la « définir de façon rigoureuse est une entreprise vouée à l'échec »²⁰⁴³. Bien que le législateur l'utilise fréquemment, le Code de procédure pénale – à l'image des autres codes – n'en livre aucune définition. L'urgence semble être dissimulée par la nécessité²⁰⁴⁴. Elle constitue, plus précisément, une forme particulière de nécessité. Au sein de cette dernière catégorie, il existe une sous-catégorie, l'urgence²⁰⁴⁵. L'élément temporel témoigne de la spécificité de cette notion²⁰⁴⁶. L'urgence est la nécessité d'agir sans délai²⁰⁴⁷ face à un préjudice, un péril imminent²⁰⁴⁸. Aussi forme-t-elle la source d'un droit d'exception puisqu'elle autorise à déroger aux règles ordinaires de la procédure²⁰⁴⁹. Cette dérogation a pour but d'éviter un trouble grave qui apparaîtrait si les voies ordinaires étaient suivies²⁰⁵⁰.

²⁰³⁹ V. J. BUISSON, *op. cit.*, p. 643. Sur le contrôle qui incombe au juge judiciaire : C.C., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, préc., cons. 69.

²⁰⁴⁰ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, *op. cit.*, p. 94 et 95 ; P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, L.G.D.J., 1968, *Bibl. dr. privé*, t. 87, préf. P. RAYNAUD, n°288, p. 245 ; M. NORD-WAGNER, *L'urgence en procédure pénale*, *op. cit.*, n°212 et s., p. 176 et s. ; M. NORD-WAGNER, *L'urgence en procédure pénale*, R.P.D.P., 2006, p. 261 et s., spéc. p. 269.

²⁰⁴¹ R. PALLARD, *L'exception de nécessité en droit civil*, Thèse, Poitiers, 1947, L.G.D.J., 1948, n°152, p. 243 et 244 ; P.-L. FRIER, *op. cit.*, n°14, p. 18 ; P. JESTAZ, *op. cit.*, n°315, p. 270 ; M. NORD-WAGNER, *Thèse préc.*, n°216, p. 178 et 179, n°251, p. 205 et art. préc., p. 270. *Contra*, J. BUISSON, *op. cit.*, p. 646.

²⁰⁴² R. PERROT, *Rapport de synthèse, in Les procédures d'urgence. Droit judiciaire, Droit pénal, Droit administratif*, Cahiers de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, n°15, 1981, p. 362.

²⁰⁴³ P. JESTAZ, *op. cit.*, n°9, p. 7. Dans le même sens, R. PALLARD, *op. cit.*, n°152, p. 244.

²⁰⁴⁴ Dans le même sens : M. VASSEUR, *Urgence et droit civil*, R.T.D.civ., 1954, p. 405 et s., not. n°1, p. 407.

²⁰⁴⁵ C'est du reste l'analyse de la doctrine majoritaire : V. R. PALLARD, *op. cit.*, n°153, p. 245 et 246 ; P.-L. FRIER, *op. cit.*, n°125, p. 124, n°135, p. 133 et n°179, p. 175 ; J. BUISSON, *op. cit.*, p. 644 ; M. NORD-WAGNER, *art. préc.*, p. 270. *Contra*, P. JESTAZ, *op. cit.*, n°316, p. 270 et 271.

²⁰⁴⁶ M. VASSEUR, *op. cit.*, n°1, p. 407 ; P.-L. FRIER, *op. cit.*, n°179, p. 175 ; J. BUISSON, *op. cit.*, p. 647, citant la fameuse formule du Commissaire du gouvernement ROMIEU dans ses conclusions sur T.C., 2 déc. 1902, *Société immobilière de St-Just* : « Quand la maison brûle, on ne va pas devant le juge pour lui demander l'autorisation d'y envoyer les pompiers ».

²⁰⁴⁷ R. PALLARD, *op. cit.*, n°153, p. 245 et 246 ; F. DEBOVE, *L'urgence en droit pénal*, *in Une certaine idée du droit*, Mélanges A. DECOCQ, Litec, 2004, p. 175 et s., not. p. 175 et 176.

²⁰⁴⁸ V. S. RIALS, *op. cit.*, p. 94 ; P. JESTAZ, *op. cit.*, n°273, p. 234, n°374, p. 313 ; M. NORD-WAGNER, *Thèse préc.*, n°239 et s., p. 198 et s., n°255 et s., p. 208 et s.

²⁰⁴⁹ P. JESTAZ, *op. cit.*, n°351, p. 301 ; P.-L. FRIER, *op. cit.*, n°136, p. 134 ; M. NORD-WAGNER, *Thèse préc.*, n°259 et s., p. 210 et s. et art. préc. p. 263 et s. ; M. VASSEUR, *op. cit.*, n°2, p. 407 et 408.

²⁰⁵⁰ V. J. NORMAND, *Le traitement de l'urgence : exception ou principe ?*, *in Réforme de la Justice, Réforme de l'Etat*, P.U.F., 1^{ère} éd., 2003, L. CADIET et L. RICHER (dir.), p. 159 et s. ; *Rapport de la commission justice pénale et droits de l'homme, La mise en état des affaires pénales*, M. DELMAS-MARTY (dir.), *op. cit.*, p. 167 et 168.

371. L'urgence se distingue d'autres notions sous cet angle, comme le provisoire²⁰⁵¹ ou la célérité²⁰⁵². En procédure pénale, elle fait penser à la flagrante, à l'enquête sur infraction flagrante²⁰⁵³. Mais elle ne se limite pas aux cas de flagrante²⁰⁵⁴. Elle naît d'un témoin en danger de mort, de la réunion des preuves, de l'arrestation d'un individu dont la fuite à l'étranger est probable, de la préservation des indices sur le point de disparaître... L'objectif de préservation d'un péril imminent²⁰⁵⁵, si légitime soit-il, ne saurait toutefois permettre n'importe quelle dérogation. La réaction de la justice pénale doit rester raisonnable, autrement dit proportionnée²⁰⁵⁶. Le risque subsiste de voir l'urgence générer davantage de coercition que la nécessité ordinaire²⁰⁵⁷. Mais « la fin ne justifie pas tous les moyens, seulement ceux qui sont nécessaires à sa réalisation »²⁰⁵⁸. En fin de compte, si définir l'urgence avec précision paraît compromis, il reste au moins possible de fixer le moment de son apparition. Il y aurait urgence « dès que la préservation d'un intérêt légitime nécessite une réaction rapide que ne permettent pas les règles de droit commun et qu'il convient alors de déroger à la procédure ordinaire »²⁰⁵⁹. Ceci dit, une tentative de définition de la nécessité elle-même doit désormais être entreprise.

2°- Définition

372. Définir la nécessité suppose d'emblée de ne pas la confondre avec d'autres concepts. Cela suppose également d'écarter les acceptions qui lui sont inadaptées. Cette première approche consiste à donner une définition négative de la notion (a). Cependant, une telle démarche se révèle insuffisante. Une définition ne saurait revêtir un aspect simplement négatif. En d'autres termes, la nécessité doit faire l'objet d'une définition positive (b).

a) La définition négative

373. La nécessité se distingue d'abord du doute²⁰⁶⁰ et / ou de la suspicion²⁰⁶¹. Elle ne correspond pas à ces notions. Avant de le montrer, il convient de formuler quelques précisions à leur sujet. Une

²⁰⁵¹ V. L. LORVELLEC, Remarques sur le provisoire en droit privé, Mélanges A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, p. 385 et s., not. p. 387 et s. ; M. NORD-WAGNER, Thèse préc., n°266, p. 217.

²⁰⁵² V. F. DEBOVE, *op. cit.*, p. 176 ; M. NORD-WAGNER, Thèse préc., n°261, p. 211 à 213 et art. préc., p. 271.

²⁰⁵³ Art. 53 et s. du C.P.P.

²⁰⁵⁴ En ce sens aussi : M. NORD-WAGNER, L'urgence en procédure pénale, art. préc., p. 269.

²⁰⁵⁵ M. NORD-WAGNER, Thèse préc., n°251 et s., p. 205 et s.

²⁰⁵⁶ M. NORD-WAGNER, Thèse préc., n°263, p. 213 à 215.

²⁰⁵⁷ Et ce, en raison de l'écoulement du temps qui s'avère préjudiciable. V. J. BUISSON, *op. cit.*, p. 650.

²⁰⁵⁸ Expression de L. NIZARD, cité par P.-L. FRIER, *in* L'urgence, *op. cit.*, n°420, p. 525 et 526.

²⁰⁵⁹ M. NORD-WAGNER, Thèse préc., n°267, p. 217 et art. préc., p. 272, proposant ainsi une définition « souple » de l'urgence. Dans son rapport, la commission Justice pénale et droits de l'homme, *in* La mise en état des affaires pénales, *op. cit.*, p. 168, avait proposé des critères de l'urgence et proposait de recourir à certains actes coercitifs : fouille à corps, perquisition, placement sur écoute, etc.

²⁰⁶⁰ Sur la notion, M.-C. NAGOUAS-GUERIN, Le doute en matière pénale, Dalloz, 2002, Nouvelle bibliothèque de thèses, préf. P. CONTE ; J.-F. CESARO, Le doute en droit privé, *op. cit.*

interrogation se pose aussitôt : pourquoi mentionner que la nécessité se démarque du doute **et / ou** de la suspicion ? L'emploi d'une telle formule revient à se demander si les deux termes sont synonymes. Plus précisément, la suspicion est-elle autonome, reste-t-elle « étanche » par rapport au doute²⁰⁶² ou, au contraire, ne constitue-t-elle qu'une forme particulière de doute²⁰⁶³ ? Cette question a nourri une véritable controverse, mais il ne nous appartient ni de relater ce débat ni de se prononcer dans un sens ou dans l'autre. Il importe peu de savoir si ces termes sont équivalents ou non pour notre recherche. C'est la nécessité qui mérite un examen spécifique, non le doute ou la suspicion. Cette controverse peut d'ailleurs être dépassée si l'on privilégie le terme le plus spécialisé²⁰⁶⁴. Celui de « suspicion » doit dès lors être préféré en procédure pénale. Comparé au « doute », il est perçu comme davantage spécifique²⁰⁶⁵. Il apparaît de surcroît largement utilisé par les textes²⁰⁶⁶.

374. Nécessité et suspicion demeurent toutefois différentes, les deux termes ne pouvant être considérés comme des synonymes, même « relatifs »²⁰⁶⁷. Ils traduisent deux notions bien distinctes. La loi les a parfois distinguées. Avant la réécriture des textes relatifs à la garde à vue, l'article 63 du C.P.P. dispose que « l'officier de police judiciaire peut, **pour les nécessités de l'enquête**, placer en garde à vue toute personne à l'encontre de laquelle il existe **une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner** qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ». Sous le régime antérieur, la loi vise donc, d'une part, les soupçons devant peser à l'encontre de la personne, d'autre part, les nécessités de l'enquête. « Il ne s'agit pas, pour le législateur, de formuler un truisme (contre la personne qu'il soupçonne selon les prévisions de la loi, l'officier de police judiciaire recourt à la garde à vue s'il le juge opportun) »²⁰⁶⁸. La formulation actuelle des conditions du placement en garde à vue reprend cette distinction des notions, même si elle supprime l'expression « nécessités de l'enquête » de l'article 62-2 du C.P.P. Elle la précise en réalité, cette dernière ayant pu apparaître floue. La mesure doit désormais constituer « l'unique moyen » de parvenir à l'un au moins des six grands objectifs énumérés au texte.

²⁰⁶¹ F. DEFFERRARD, La suspicion légitime, L.G.D.J., 2000, Bibl. dr. privé, t. 332, préf. F. BUSSY.

²⁰⁶² Selon le mot de F. DEFFERRARD, *op. cit.*, n°105, p. 81, soutenant cette thèse (n°123 et s., p. 93 et s) et indiquant *in limine* que « toute assimilation entre doute et suspicion légitime doit être écartée ».

²⁰⁶³ C'est la thèse défendue par J.-F. CESARO, *op. cit.*, n°606 et s., p. 638 et s.

²⁰⁶⁴ En ce sens : F. DEFFERRARD, *op. cit.*, n°129, p. 96 ; J.-F. CESARO, *op. cit.*, n°614, p. 641.

²⁰⁶⁵ V. F. DEFFERRARD, *op. et loc. cit.* : « Nous croyons cependant que l'utilisation concurrente de termes ayant des significations plurales dans le langage courant, et qui ne sont pas plus clairement déterminés dans le langage juridique, est inutilement propice aux confusions. Le droit exige l'emploi d'une terminologie précise et adéquate. Il serait ainsi préférable que la jurisprudence écarte l'utilisation du mot "doute" lorsqu'elle entend exprimer une "suspicion", autrement dit, lorsqu'elle désigne sous l'angle de la vraisemblance un comportement illicite » ; J.-F. CESARO, *op. cit.*, n°614, p. 641 et n°618, p. 643.

²⁰⁶⁶ Qu'il s'agisse de textes internationaux comme la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 5 §1 c) ou de la loi (art. 62-2 et 78-2 du C.P.P., relatifs, respectivement, à la garde à vue et aux contrôles d'identité, qui évoquent « une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner »).

²⁰⁶⁷ Pour reprendre l'expression du doyen CARBONNIER, utilisée par J.-F. CESARO, *op. cit.*, n°618, p. 643.

²⁰⁶⁸ P. CONTE, note préc. sous Cass. crim., 4 janv. 2005, J.C.P., 2005, II, 10176.

375. La Cour de cassation a également différencié les deux notions – les deux conditions – puisqu'elle a veillé à leur appliquer un régime différent²⁰⁶⁹. Le contrôle de légalité de la garde à vue appartient non seulement au magistrat chargé de contrôler la mesure, mais aussi à la chambre de l'instruction ou aux juridictions de jugement. Celles-ci doivent vérifier l'existence et la réalité du soupçon pesant à l'encontre de l'intéressé. En revanche, la chambre criminelle leur a interdit de contrôler l'opportunité de la mesure décidée par l'O.P.J. Seul le procureur de la République, le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention – en fonction du cadre juridique de la procédure – jouit de cette compétence. Dans le système antérieur à 2011, le magistrat vérifie que la mesure est justifiée par les nécessités de l'enquête, aujourd'hui qu'elle constitue « l'unique moyen » de parvenir à l'un des objectifs énoncés. Ce régime distributif procède d'une distinction entre les concepts de suspicion et de nécessité.

376. Le droit pénal connaît par ailleurs de la nécessité. Ainsi l'état de nécessité forme un fait justificatif, c'est-à-dire une « circonstance dont la caractéristique est de rendre non punissables les actions ou omissions qui en relèvent, (...) malgré le constat de l'infraction »²⁰⁷⁰. Il permet, lorsque certaines conditions sont réunies, de neutraliser le texte d'incrimination et d'exonérer en conséquence l'auteur de sa responsabilité²⁰⁷¹. Bien entendu, ce n'est pas dans cette acception que le mot « nécessité » doit être compris s'agissant de l'acte coercitif²⁰⁷². Un tel acte n'est pas adopté dans un état de nécessité ; car sinon, ce serait admettre qu'il est normalement illégal²⁰⁷³. Or, excepté l'hypothèse où l'acte coercitif (ou les modalités de son exécution) constituerait en lui-même une infraction pénale²⁰⁷⁴, il n'est pas par essence illicite. Au contraire, celui-ci est prévu et encadré par la loi puisqu'il porte atteinte aux libertés individuelles. Il répond à une nécessité, à un besoin²⁰⁷⁵. « C'est donc dans son acception la plus courante que le terme de nécessité doit être ici entendu et non dans son

²⁰⁶⁹ Cass. crim., 4 janv. 2005, préc.

²⁰⁷⁰ Y. MAYAUD, Droit pénal général, P.U.F., Droit fondamental, 4^{ème} éd., 2013, n°398.

²⁰⁷¹ Nous adoptons ici l'une des conceptions doctrinales sur les effets des faits justificatifs. Plusieurs théories ont été émises à ce sujet. Pour certains auteurs les faits justificatifs provoquent une neutralisation du texte d'incrimination. L'élément légal de l'infraction fait défaut, ce qui explique l'exonération de responsabilité (V. R. MERLE, A. VITU, Traité de droit criminel, t. 1, Droit pénal général, *op. cit.*, n°435 ; P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, Droit pénal général, Armand Colin, 7^{ème} éd., 2004, n°241). Cependant, une autre partie de la doctrine pense que les faits justificatifs suppriment l'élément moral de l'infraction. Ils devraient être analysés soit comme une cause de non-imputabilité, soit comme une cause de non-culpabilité, car dans ce dernier cas, le fait justificatif supprimerait la faute pénale. Enfin, d'autres auteurs, à la suite de GARRAUD notamment (V. M.-L. RASSAT, Droit pénal général, Ellipses, Cours magistral, 3^{ème} éd., 2014, n°355 et s.), considèrent que l'infraction se compose de trois éléments, à savoir l'élément matériel, l'élément moral et l'élément injuste, les faits justificatifs venant neutraliser l'élément injuste. Sur l'état de nécessité en tant que fait justificatif, V. Y. MAYAUD, Droit pénal général, *op. cit.*, n°425 et s. ; B. BOULOC, Droit pénal général, Dalloz, Précis, 23^{ème} éd., 2013, n°426 et s. ; J.-H. ROBERT, Droit pénal général, P.U.F., Thémis, 6^{ème} éd., 2005, p. 270 et s.

²⁰⁷² Comme pour les décisions provisoires : V. E. BONIS-GARÇON, Les décisions provisoires (...), *op. cit.*, n°226, p. 131, dont nous reprenons le raisonnement pour l'appliquer à l'acte coercitif.

²⁰⁷³ *Ibid.*

²⁰⁷⁴ Une perquisition illégale constitutive d'une violation de domicile, une arrestation arbitraire, etc. V. *infra*, n°1216 et s.

²⁰⁷⁵ A l'exemple des décisions provisoires : E. BONIS-GARÇON, *op. et loc. cit.*

sens technique qui résume la nécessité à son effet justificatif »²⁰⁷⁶. Il est alors temps de définir la nécessité de manière positive.

b) La définition positive

377. Au sens courant, un acte est nécessaire lorsqu'il constitue un moyen de parvenir à une fin²⁰⁷⁷. Cette approche est justement celle adoptée par la jurisprudence et la doctrine²⁰⁷⁸. Le Conseil constitutionnel vérifie la façon dont le législateur met en œuvre la nécessité et la proportionnalité²⁰⁷⁹. Il s'agit d'un contrôle *in abstracto*, puisqu'il porte sur une loi, encore que le Conseil indique parfois comment la nécessité doit être appréhendée *in concreto*²⁰⁸⁰. Mais celui-ci ne la définit pas. Il se contente d'affirmer, à titre d'exemple, que « si le législateur peut prévoir des mesures d'investigation spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, c'est sous réserve que ces mesures soient conduites dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, et que les restrictions qu'elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient **nécessaires à la manifestation de la vérité**, proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discriminations injustifiées »²⁰⁸¹. Dans cette décision du 2 mars 2004, il a estimé que le législateur peut prévoir des règles spéciales de procédure apportant des restrictions aux libertés individuelles dans la mesure où les infractions relevant de la criminalité organisée sont suffisamment graves et complexes²⁰⁸². Pareille application de la nécessité et de la proportionnalité illustre le principe inscrit à l'article préliminaire du Code de procédure pénale : « la restriction des droits fondamentaux dans le procès pénal dépend de la gravité de l'infraction poursuivie »²⁰⁸³. Néanmoins, elle ne renseigne guère sur la notion de nécessité.

²⁰⁷⁶ *Ibid.*

²⁰⁷⁷ V. A. LALANDE, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, P.U.F., 12^{ème} éd., 1976, V. « Nécessaire », sens C et H ; G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, *op. cit.*, p. 680, « Nécessaire », sens n°3 : « Qui est indispensable à... ».

²⁰⁷⁸ En doctrine : R. PALLARD, *op. cit.*, n°56 et 57, p. 87 et 88 ; P.-A. PAGEAUD, Un aspect de la sécurité juridique : l'acte conservatoire comme acte nécessaire, Thèse, Poitiers, 1941, n°179, p. 94 à n°195, p. 101 ; P. JESTAZ, *op. cit.*, n°312 à 314, p. 268 à 270 ; P.-L. FRIER, *op. cit.*, n°129, p. 127 ; C. BRENNER, *op. cit.*, n°182 et s., p. 97 et 98. *Contra*, J. BUISSON, *op. cit.*, p. 635 et 639, pour qui la nécessité exprime « un rapport entre une situation de fait et un moyen et non pas "entre un moyen et une fin" ».

²⁰⁷⁹ V. not., C.C., 16 juill. 1996, n°96-377 DC, préc., cons. 7 à 9.

²⁰⁸⁰ V. C.C., 16 juill. 1996, préc., cons. 17 : « Que la notion "nécessités de l'enquête" doit s'entendre comme ne permettant d'autoriser une perquisition, visite ou saisie, que si celle-ci ne peut pas être réalisée dans les circonstances de temps définies par l'article 59 du Code de procédure pénale ».

²⁰⁸¹ C.C., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, préc., cons. 6. Le Conseil a ainsi formulé une réserve d'interprétation générale qui concerne l'application de l'article 1^{er} de la loi. Les restrictions susceptibles d'être apportées aux libertés publiques doivent être justifiées par les besoins (les nécessités) de l'enquête ou de l'instruction, fondés sur une même approche des libertés et droits fondamentaux : S. NICOT, obs. sur C.C., 2 mars 2004, R.F.D.C., 2004, p. 347, not. p. 352.

²⁰⁸² V. déjà sur l'idée, mais à propos de la rétention des mineurs de treize ans, C.C., 11 août 1993, n°93-326 DC, préc., cons. 29 ; C.C., 20 janv. 1994, n°93-334 DC, préc., cons. 23. *Adde*, C.C., 29 août 2002, n°2002-461 DC, préc., cons. 33 à 38.

²⁰⁸³ E. VERGES, Procédure pénale, *op. cit.*, n°89.

378. La Cour européenne des droits de l'homme apporte un éclairage indéniable sur ce concept. Elle contrôle la nécessité de l'ingérence *in concreto*. Elle a dès lors précisé le sens de ce terme. Dans son fameux arrêt *Handyside* rendu le 7 décembre 1976, elle affirme que « si l'adjectif “nécessaire”, au sens de l'article 10 par. 2, n'est pas synonyme d' “indispensable”, il n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu' “admissible”, “normal”, “utile”, “raisonnable” ou “opportun”. Il n'en appartient pas moins aux autorités nationales de juger, au premier chef, de la réalité du besoin social impérieux qu'implique en l'occurrence le concept de “nécessité” »²⁰⁸⁴. L'exigence de nécessité d'une mesure de restriction se situe donc entre deux pôles. Elle se place entre le caractère « indispensable », qui n'est pas exigé, et le caractère « acceptable », parce que normal, utile, raisonnable ou opportun, qui s'avère insuffisant²⁰⁸⁵. Comme l'énonce le juge européen, il faut en somme un « besoin social impérieux »²⁰⁸⁶. Voilà un minimum pour l'acte coercitif accompli en procédure pénale. La nécessité doit tendre à se rapprocher de l' « indispensable » en ce qui le concerne.

379. En outre, la nécessité suppose un lien entre la mesure prise et le but invoqué²⁰⁸⁷. Cela ressort clairement de l'article 18 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²⁰⁸⁸. La Cour fait souvent référence à ce lien dans ses décisions²⁰⁸⁹. Enfin, la nécessité implique un contrôle de la proportionnalité. Selon la Cour européenne, une restriction à un droit consacré par la Convention doit être proportionnée au but légitime poursuivi²⁰⁹⁰. Elle définit la proportionnalité comme « la réalisation d'un juste équilibre entre les différents intérêts en présence »²⁰⁹¹. Rien de surprenant dès lors à ce que l'on ait vu dans ce principe « le régulateur de

²⁰⁸⁴ CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside / Royaume-Uni*, n°5493/72, §48. Cette solution a été ensuite reprise : V. not., CEDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon / Royaume-Uni*, préc., §51 ; CEDH, 25 mars 1983, *Silver et autres / Royaume-Uni*, n°5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, §97 ; CEDH, 24 mars 1988, *Olsson / Suède*, n°10465/83, §67.

²⁰⁸⁵ V. M. DELMAS-MARTY, *Légalité pénale et prééminence du droit selon la Convention européenne (...)*, *op. cit.*, p. 163. Sur l'insuffisance du caractère simplement « utile » ou « opportun » de l'acte et la distinction entre nécessité et utilité ou opportunité en doctrine : G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire (...)*, *op. cit.*, n°31, p. 54 et 55 ; P. JESTAZ, *op. cit.*, n°312 à 314, p. 268 à 270 ; M.-R. TERCINET, *L'acte conservatoire en droit administratif*, L.G.D.J., 1979, *Bibl. dr. public*, t. 132, préf. G. PEISER, p. 134 et 135 ; P.-L. FRIER, *op. cit.*, n°129, p. 127 et 128 ; M. NORD-WAGNER, *L'urgence (...)*, Thèse préc., n°242 à 246, p. 199 à 201. *Contra*, R. PALLARD, *op. cit.*, n°145 à 151, p. 238 à 243.

²⁰⁸⁶ Outre les arrêts précités, V. parmi d'autres, CEDH, 8 juill. 1986, *Lingens / Autriche*, n°9815/82, §39 ; CEDH, 24 mai 1988, *Müller et autres / Suisse*, n°10737/84, §32.

²⁰⁸⁷ V. M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 164.

²⁰⁸⁸ Selon ce texte, « les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues ».

²⁰⁸⁹ V. entre autres, CEDH, 21 fév. 1975, *Golder / Royaume-Uni*, préc., §45 ; CEDH, 2 août 1984, *Malone / Royaume-Uni*, n°8691/79, §81 ; CEDH, 29 mars 2005, *Matheron / France*, n°57752/00, §33 et 34.

²⁰⁹⁰ V. not., CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside / Royaume-Uni*, préc., §49. Ce principe a été repris par la jurisprudence postérieure. La Cour prend en considération différents éléments pour savoir si la restriction en cause est proportionnée au but légitime poursuivi. Il s'agit de la nature de la mesure (ampleur, caractère général ou absolu, conséquences dommageables), la possibilité pour l'Etat en question de prendre d'autres mesures, la situation à laquelle aboutirait la suppression de la mesure, etc. Pour une liste exhaustive de ces éléments : M. DELMAS-MARTY, *Raisonnement la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme*, P.U.F., *Les voies du droit*, 1989, p. 475 et s. La doctrine adopte cette conception : V. J.-F. CESARO, *op. cit.*, n°620, p. 644.

²⁰⁹¹ V. M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 477 ; M.-A. EISSEN, *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, E.D.C.E., 1989, p. 275 et s., spéc. p. 283 et 284. Pour une illustration : CEDH, 6 sept. 1978, *Klass et autres / Allemagne*, n°5029/71, §59.

l'équilibre démocratique »²⁰⁹². Rien d'étonnant non plus à ce que l'on ait soutenu que la nécessité ne forme qu'une composante de la proportionnalité, sa condition préalable en quelque sorte²⁰⁹³. La proportionnalité est pourtant d'ordinaire analysée comme le corollaire de la nécessité²⁰⁹⁴.

380. Rapportée à l'acte coercitif, cette analyse soulève une interrogation. Dire que cet acte est nécessaire, c'est affirmer qu'il est le moyen de parvenir à une fin. Mais cela signifie-t-il qu'il est l'unique moyen ? La réponse ne semble guère évidente. On pourrait envisager que dans leur quête d'éléments de preuve, les O.P.J. ou les magistrats ne procèdent à aucun acte coercitif. Ceux-ci accompliraient uniquement des actes dénués de contrainte. Il leur resterait la possibilité de se transporter sur les lieux de l'infraction, de recourir à des expertises, d'auditionner les témoins, de consulter les différents fichiers de police, etc. Ils pourraient ainsi recueillir des éléments de preuve et préserver toute chance de condamnation de l'auteur des faits. Un risque se dessine néanmoins dans de telles conditions : la paralysie de la justice pénale. Tout dépend en effet des circonstances qui entourent la commission de l'infraction et, surtout, du comportement des individus. Ceux-ci acceptent-ils de collaborer avec la justice répressive ou au contraire refusent-ils toute collaboration²⁰⁹⁵ ? Ont-ils l'intention de se soustraire à leurs obligations²⁰⁹⁶ ? Il faut reconnaître que l'adoption d'actes coercitifs permet d'assurer l'efficacité de la procédure pénale²⁰⁹⁷. Ces actes ne constituent peut-être pas le seul moyen de garantir une telle efficacité. Ils demeurent, en tout cas, le meilleur moyen²⁰⁹⁸.

²⁰⁹² P. MARTENS, L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité, Mélanges J. VELU, t. I, Présence du droit public et des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 49 et s., spéc. p. 66.

²⁰⁹³ A.-S. CHAVENT, La proportionnalité et le droit pénal général, *op. cit.*, n°172, p. 141, n°177 à 179, p. 144 à 148 (droit pénal général), n° 403 et s., spéc. n°406 et 408, p. 318 et 319 (droit européen et contrôle conventionnel de proportionnalité), notant que « contrôler si la mesure est nécessaire à un but autorisé, ce que prescrit le texte, engage véritablement à apprécier, au-delà de la légitimité du but formulé, la réalité de l'atteinte et sa faculté à déclencher une restriction. On se situe déjà alors dans le contrôle de proportionnalité *stricto sensu* qui vise à s'assurer de la nécessité, au regard du trouble constaté – et préalablement jugé légitime – de prendre une mesure attentatoire aux libertés ».

²⁰⁹⁴ V. M.-A. EISSEN, *op. cit.*, p. 275 et 276. Selon la Cour européenne, « la proportionnalité n'est pas une condition autonome, mais plutôt un corollaire de la nécessité dans une société démocratique ».

²⁰⁹⁵ Ainsi la personne qui s'opposerait à une perquisition chez elle dans le cadre d'une enquête préliminaire, notamment si l'infraction sur laquelle porte l'enquête est punie de moins de cinq ans d'emprisonnement.

²⁰⁹⁶ En refusant de répondre aux convocations qui leur sont délivrées en vue de les entendre (témoins, suspects), en prenant la fuite...

²⁰⁹⁷ Comp. justement, E. BONIS-GARÇON, Les décisions provisoires (...), *op. cit.*, n°227, p. 131, qui écrit à propos des décisions provisoires que « toute possibilité d'adoption d'une condamnation pénale se trouverait compromise si l'on ne pouvait pas prendre dès aujourd'hui des mesures permettant, par exemple, de prévenir la disparition de preuves ou la fuite du délinquant ».

²⁰⁹⁸ C'est faire application d'une définition de la nécessité souvent adoptée par la doctrine. R. PALLARD, *in* L'exception de nécessité en droit civil, *op. cit.*, n°137, p. 229, écrit que « (...) la condition d'unicité de moyen ne doit pas être prise à la lettre. (...) Ce que l'on exige ici, ce n'est pas que l'acte nécessaire soit le seul moyen d'obtenir le résultat cherché, mais bien plutôt le meilleur ou le moins mauvais. Dans les matières juridiques, comme dans le langage courant, la notion de nécessité implique moins l'unicité de moyen qu'une comparaison des différents moyens susceptibles de conduire au résultat cherché. Il est extrêmement rare qu'un acte soit l'unique moyen de parvenir à une fin. En pratique, on considérera l'acte comme nécessaire bien qu'il existe d'autres procédés pour arriver au but, dès lors que ces procédés, mêmes licites, entraîneraient plus d'inconvénients que n'en comporte l'acte nécessaire lui-même ». V. aussi, C. BRENNER, *op. cit.*, n°183, p. 98 ; P.-L. FRIER, *op. cit.*, n°129, p. 127 et 128. *Contra*, L. NIZARD cité par M.-R. TERCINET, *op. cit.*, p. 133.

381. Le Code de procédure pénale apparaît ambivalent à cet égard. Certaines dispositions relatives à un acte coercitif prévoient qu'il doit être l'unique moyen de parvenir à une fin²⁰⁹⁹. D'autres en revanche laissent penser qu'il suffit qu'il soit le meilleur moyen²¹⁰⁰. Les textes figurant dans ce code s'interprètent à la lumière de l'article préliminaire. Celui-ci dispose que les mesures de contrainte doivent être « **strictement limitées** aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne ». D'après ces dispositions, l'acte coercitif doit plutôt constituer le seul moyen de parvenir à une fin. Il ne saurait être accompli s'il n'est pas strictement nécessaire au but poursuivi. Sa simple utilité ou opportunité se révèle insuffisante à son exécution. Or les autorités publiques bénéficient d'une marge d'appréciation pour exécuter des actes coercitifs. Selon les circonstances, elles adoptent ces actes en vue d'atteindre un but particulier. Il convient donc de préserver leur latitude d'action dans la mesure où celle-ci demeure encadrée et contrôlée. La supprimer entamerait l'efficacité de la procédure pénale. La justice répressive se trouverait d'ailleurs vite bloquée sans l'adoption d'actes coercitifs. Bref, l'acte coercitif doit être propre à satisfaire la fin recherchée, il doit être adéquat à celle-ci²¹⁰¹. Sauf disposition expresse en ce sens²¹⁰², il n'a pas à être l'unique moyen d'y parvenir, mais le meilleur. Il reste à déterminer à partir de quand la nécessité se manifeste.

B – Le seuil de la nécessité

382. Notion indéterminée, la nécessité se dévoile dans les faits et dépend des circonstances. Les situations de fait rendent certains actes nécessaires, en particulier ceux qui sont coercitifs²¹⁰³. Cette notion se révèle dès lors fluctuante. Cependant, les différentes hypothèses dans lesquelles elle se manifeste peuvent être résumées s'agissant de l'acte coercitif. Deux situations distinctes subsistent de façon schématique. La nécessité semble surtout liée à la suspicion. Elle se retrouve néanmoins dans d'autres cas. Autant dire que son apparition essentielle avec la suspicion (1°) ne doit pas masquer son apparition résiduelle en dehors de celle-ci (2°).

²⁰⁹⁹ Art. 62-2 du C.P.P. relatif à la garde à vue ; Art. 144 du C.P.P. sur la détention provisoire.

²¹⁰⁰ Art. 56 du C.P.P. sur les perquisitions et saisies en flagrance ; Art. 100 du C.P.P. relatif aux interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications.

²¹⁰¹ Sur l'idée, V. C. BRENNER, *op. cit.*, n°184, p. 98 ; M.-R. TERCINET, *op. cit.*, p. 135. Sur l'acte coercitif : La mise en état des affaires pénales, *op. cit.*, p. 122, retenant que « les mesures coercitives, privatives ou restrictives de liberté ou de droit, prises au cours de la procédure de mise en état en vertu de la loi, doivent être nécessaires et proportionnées au but d'intérêt général invoqué ». Elle a souligné que le principe de proportionnalité « marque l'exigence supplémentaire de l'adéquation des mesures au but invoqué ».

²¹⁰² Art. 62-2 du C.P.P. ; Art. 63-7 du C.P.P. (fouille intégrale indispensable d'un gardé à vue) ; Art. 144 du C.P.P., etc.

²¹⁰³ V. C.C., 16 juill. 1996, n°96-377 DC, préc., cons. 17, à propos des perquisitions de nuit.

1°- L'apparition essentielle de la nécessité avec la suspicion

383. La police judiciaire ou la justice pénale accomplit bien souvent des actes coercitifs en raison de la suspicion qui pèse à l'encontre d'individus. Une fois établi, le soupçon amène ensuite les autorités publiques à s'interroger sur la nécessité de procéder à ces actes. Il forme en quelque sorte une condition préalable à la nécessité (a). Mais n'importe quel soupçon ne saurait être suffisant. Celui-ci doit présenter une certaine consistance (b).

a) Le soupçon, une condition préalable

384. Dans son étude consacrée à « la suspicion légitime », M. DEFFERRARD a défini cette notion comme « la technique juridique ayant pour objet d'établir un soupçon réel et sérieux portant sur le caractère vraisemblable d'une action humaine illicite, accomplie ou seulement imminente, qu'il convient de réprimer ou de prévenir »²¹⁰⁴. Il précise aussi qu'« elle se présente comme un composé cohérent de règles consistant, au moyen d'une *opération intellectuelle*, à appréhender un comportement illicite (en l'occurrence, une infraction pénale), puis, par une *opération matérielle*, à prendre une mesure adéquate dirigée contre cet agissement »²¹⁰⁵. Force est d'admettre que la mesure en question possède parfois un caractère coercitif. Dans ce cas, le soupçon se trouve à l'origine d'une mesure coercitive. Mais même établi, celui-ci ne conduit pas *ipso facto* les autorités publiques à adopter un acte de cette nature. Les autorités doivent encore se demander si cet acte est bien nécessaire²¹⁰⁶. En résumé, les O.P.J. et les magistrats établissent d'abord un soupçon à l'encontre d'un ou plusieurs individus. Puis ils vérifient si les nécessités de l'enquête ou de l'instruction justifient l'exécution d'un acte coercitif. Le soupçon constitue, sous cet angle, une condition préalable à la nécessité.

385. Les différents actes coercitifs susceptibles d'être accomplis à l'égard d'un suspect en attestent. « Celui à l'encontre de qui est établi le caractère vraisemblable de sa participation à une entreprise infractionnelle en qualité d'auteur, de coauteur ou de complice »²¹⁰⁷, peut être placé en garde à vue

²¹⁰⁴ F. DEFFERRARD, La suspicion légitime, *op. cit.*, n°186, p. 129.

²¹⁰⁵ F. DEFFERRARD, Le crime et le soupçon. Réflexions sur la preuve dans la suspicion légitime d'infraction pénale, D., 2001, chron., p. 2692 et s., spéc. n°3 (il souligne).

²¹⁰⁶ L'article préliminaire du Code de procédure pénale pose le principe selon lequel les mesures de contraintes doivent être « strictement limitées aux nécessités de la procédure (...) ».

²¹⁰⁷ F. DEFFERRARD, Le suspect dans le procès pénal, L.G.D.J., Systèmes Droit, 2005, p. 25. V. aussi, N. LAURENT, La notion de suspect en matière pénale, Thèse, Lyon III, 2001, n°16, p. 19, pour qui le suspect est « une personne contre laquelle des éléments de suspicion existent ou sont recherchés, c'est dire qu'il est, peu ou prou, une personne susceptible d'être déclarée coupable par une juridiction de jugement ». La différence entre le suspect et la personne mise en cause en matière pénale a en outre été soulignée : V. VALETTE, La personne mise en cause en matière pénale, Presses universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, L.G.D.J., 2002, préf. P. CONTE, n°9, p. 8 et 9. La personne mise en cause est soupçonnée « à un degré supérieur » qui fait qu'« elle entre dans la cause, dans l'affaire pénale. Toute personne mise en cause est donc un suspect mais tout suspect n'est pas mis en cause ». La personne mise en cause est alors « une personne

selon l'article 62-2 du C.P.P., lorsque la mesure constitue l'unique moyen de parvenir à l'un des objectifs énoncés au texte. Malgré sa qualité de suspect, rien n'oblige les O.P.J. à placer un individu en garde à vue, notamment s'il collabore de manière spontanée à la procédure²¹⁰⁸. Celui qui répond à une convocation en se rendant au commissariat et qui s'explique sur les faits n'a pas vocation à être soumis à cette mesure coercitive, sauf s'il décide à un moment de partir alors que les enquêteurs souhaitent le retenir. Dans sa rédaction issue de la loi n°2014-535 du 27 mai 2014, l'article 62, alinéa 3, du C.P.P. dispose que si, au cours de l'audition d'une personne entendue librement en application du premier alinéa du présent article, il apparaît qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, cette personne doit être entendue comme suspect libre, en application de l'article 61-1. Elle doit recevoir « sans délai » les informations prévues aux 1° à 6° de ce texte, « sauf si son placement en garde à vue est nécessité en application de l'article 62-2 »²¹⁰⁹. Si au cours de l'audition d'un individu déjà entendu comme témoin mais sous la contrainte (limitée à quatre heures), des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'emprisonnement apparaissent, celui-ci doit être placé en garde à vue. Un tel placement lui est alors notifié dans les conditions prévues à l'article 63-1 du C.P.P.²¹¹⁰. A la lecture de ces dispositions, trois situations se distinguent : la personne non suspecte qui peut être entendue librement par les enquêteurs ou sous contrainte pendant quatre heures au maximum, le suspect libre bénéficiant des droits prévus à l'article 61-1 du C.P.P., enfin la personne placée en garde à vue. Dès lors, le gardé à vue est toujours un suspect, mais le suspect n'est pas toujours gardé à vue²¹¹¹.

386. Le soupçon apparaît aussi comme un préalable à la nécessité en matière de vérification d'identité. Prévue à l'article 78-3 du C.P.P., cette mesure fait suite à un contrôle d'identité infructueux.

désignée – donc identifiable –, de manière non juridictionnelle, par quelqu'un ou par une autorité, comme ayant participé à la commission ou à la tentative de commission d'une infraction, qu'elle le sache ou non » (n°12, p. 14).

²¹⁰⁸ V. Cass. crim., 7 sept. 2004, Dr. pénal, 2004, comm. n°185, note A. MARON.

²¹⁰⁹ Les informations fournies à la personne (article 61-1, 1° à 6° du C.P.P.) sont plus nombreuses depuis l'adoption de la loi du 27 mai 2014 transposant en droit interne la directive européenne 2012/13/UE du 22 mai 2012. Avant cette loi, le juge constitutionnel s'est simplement contenté d'exiger, au nom du respect des droits de la défense, que dans la mesure où elle ne serait pas placée en garde à vue, la personne auditionnée et soupçonnée ne soit entendue ou continue à être entendue librement par les enquêteurs que si elle a été informée de la nature et de la date de l'infraction qu'on la soupçonne d'avoir commise et de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie : C.C., Q.P.C., 18 nov. 2011, n°2011-191/194/195/196/197, *Mme Elise A. et autres (Garde à vue II)*, J.O. du 19 nov. 2011, p. 19480, cons. 20 ; D., 2011, act., p. 2800 ; D., 2011, p. 3034, note H. MATSOPOULOU ; R.P.D.P., 2012, p. 719, obs. T.-S. RENOUX et X. MAGNON ; Rev. sc. crim., 2012, p. 185, obs. J. DANET et Rev. sc. crim., 2012, p. 217, obs. B. DE LAMY ; J. LEROY, La décision du Conseil constitutionnel sur la nouvelle garde à vue : une décision dérangeante, Dr. pénal, 2012, Etude n°4.

²¹¹⁰ Art. 62, al. 4 du C.P.P., tel qu'issu de la loi du 27 mai 2014 ; V. J. BUISSON, obs. sur la loi n°2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE (...), Procédures, 2014, comm. n°214, évoquant le cas de la personne non soupçonnée à l'égard de laquelle apparaissent des raisons plausibles de soupçon au cours de l'audition.

²¹¹¹ C. GUERY, L'avenir du suspect, A.J. pénal, 2005, p. 232 et s., spéc. p. 234 ; C.C., Q.P.C., 18 nov. 2011, préc., cons. 18, confirmant cette circonstance. Il a été fait remarquer, avec justesse, que l'article 61-1 du C.P.P. ne pose « aucune gradation entre l'audition libre et la garde à vue qui concernent toutes deux la situation où apparaissent les "raisons plausibles" ». Certes, la garde à vue ne peut être décidée que pour l'un des motifs prévus à l'article 62-2 du C.P.P., mais ces motifs couvrent un domaine très large. En dehors du cas d'un usage de la contrainte qui oblige à recourir à la garde à vue pour effectuer une audition, rien n'interdit de procéder à l'audition libre de la personne lorsque ces motifs existent. Il est donc envisageable que « la garde à vue, gage de sécurité juridique pour la procédure et de meilleure protection pour l'enquêteur, s'impose rapidement, au prix d'un alourdissement considérable d'un système déjà sous tension maximale et dont les moyens vont en s'appauvrissant » (V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2014, chron. « un an de... » n°8, spéc. n°5).

Or l'article 78-2, qui régit les divers contrôles d'identité, pose précisément l'exigence d'un soupçon de commission ou de tentative de commission d'une infraction à l'égard de la personne dont l'identité est contrôlée²¹¹². Contraint de subir la vérification d'identité, l'individu interpellé demeure un suspect²¹¹³. Un contrôle d'identité s'analyse déjà comme un acte coercitif²¹¹⁴. Mais la vérification engendre une atteinte encore plus importante à la liberté d'aller et venir. C'est la raison pour laquelle le législateur a crû bon de rappeler à l'article 78-3 qu'elle ne peut être décidée qu' « en cas de nécessité »²¹¹⁵.

387. Au cours de l'information, les écoutes téléphoniques illustrent encore l'idée selon laquelle le soupçon forme une condition préalable à la nécessité. Lorsque le juge d'instruction prescrit cette mesure²¹¹⁶, il suspecte l'individu dont les conversations sont interceptées d'avoir participé à l'infraction ou du moins de détenir des informations à ce sujet. Le soupçon établi, le juge examine alors la nécessité de l'acte coercitif. Ce sont en effet les nécessités de l'instruction qui commandent le recours aux écoutes téléphoniques, comme l'énonce l'article 100 du C.P.P. De façon systématique, la suspicion précède donc la question de savoir si l'acte coercitif s'avère véritablement nécessaire.

388. Il en va enfin de même en ce qui concerne le contrôle judiciaire, l'assignation à résidence avec surveillance électronique et la détention provisoire. Seul le mis en examen²¹¹⁷ est susceptible de faire l'objet de l'une de ces mesures coercitives²¹¹⁸. Elles ne peuvent être appliquées ni au simple témoin ni au témoin assisté²¹¹⁹. Ce dernier reste pourtant un suspect²¹²⁰. Mais une suspicion plus forte pèse à

²¹¹² Il s'agit de la première situation envisagée à l'article 78-2 du C.P.P.

²¹¹³ V. VALETTE, *op. cit.*, n°193 et 194, p. 126 et 127 : « (...) la vérification d'identité est conditionnée par l'existence d'une très forte suspicion de participation à un acte interdit par la loi pénale, suspicion à l'égard de la personne contre laquelle elle est effectuée ».

²¹¹⁴ En ce sens aussi, M.-C. NAGOUAS-GUERIN, *Le doute (...)*, *op. cit.*, n°184, p. 120 ; F. DEFFERRARD, *op. cit.*, p. 24.

²¹¹⁵ V. aussi : P. CONTE, note préc. sous Cass. crim., 4 janv. 2005 ; V. VALETTE, *op. cit.*, n°199, p. 128, indiquant à juste titre qu' « est ainsi affirmée la volonté du législateur de ne recourir à une rétention que si aucun autre moyen ne permet d'établir l'identité de la personne contrôlée ».

²¹¹⁶ Conformément à l'article 100 du C.P.P.

²¹¹⁷ V. art. 80-1, al. 1 du C.P.P. D'après ce texte, il s'agit des « personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il (le juge d'instruction) est saisi ». Cet article instaure un palier nécessaire pour mettre en examen. Mais ce palier atteint, le juge d'instruction n'est pas obligé de prononcer la mise en examen (Cass. crim., 14 mai 2002, Bull. crim., n°111). Et le magistrat instructeur n'est pas non plus obligé de mettre en examen en présence d'indices graves et concordants (art. 105 du C.P.P.). Seule l'audition en qualité de témoin est prohibée. Elle peut en revanche se dérouler sous le statut de témoin assisté. V. C. GUERY, *op. cit.*, p. 233.

²¹¹⁸ Art. 137 du C.P.P.

²¹¹⁹ Art. 113-5 du C.P.P.

²¹²⁰ Art. 113-2, al. 2 du C.P.P. : « Toute personne mise en cause par un témoin ou contre laquelle il existe des indices rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi peut être entendue comme témoin assisté ». La doctrine voit également un suspect dans le témoin assisté (D. THOMAS, *Le suspect en quête d'un statut procédural*, Mélanges M. CABRILLAC, Litec, 1999, p. 823 et s., spéc. n°10 et s., p. 828 ; V. VALETTE, *op. cit.*, n°250, p. 160 ; F. DEFFERRARD, *Le suspect (...)*, *op. cit.*, p. 26 et s., évoquant un « para-suspect »). Certains sont d'ailleurs peu convaincus par l'intérêt de conserver ce statut en droit positif (C. GUERY, *De la nécessité accrue, pour le témoin assisté, de l'être bien...*, A.J. pénal, 2005, p. 111 et s., spéc. p. 113).

l'encontre du mis en examen²¹²¹. Pour que la mise en examen soit valable, il doit exister des éléments qui permettent de conclure avec un certain degré de vraisemblance que la personne est bien impliquée dans l'infraction²¹²². La qualité de suspect peut d'ailleurs être contestée, l'intéressé ayant le droit de réclamer l'annulation de sa mise en examen²¹²³, mais aussi l'abandon du statut de mis en examen au juge d'instruction et son placement sous celui de témoin assisté²¹²⁴. Hormis ces cas, le mis en examen peut être placé sous contrôle judiciaire ou être assigné à résidence avec surveillance électronique, voire placé en détention provisoire si celle-ci apparaît indispensable.

389. Le législateur a fourni les critères du placement en détention provisoire. Elle ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure, qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs énoncés à l'article 144 du C.P.P., lesquels ne sauraient être atteints en cas de mise sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique. Il s'agit de conserver les preuves ou les indices matériels nécessaires à la manifestation de la vérité, d'empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille, de protéger la personne mise en examen, de mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement, etc. Ces critères légaux doivent être remplis afin de prescrire la détention provisoire, du moins l'un d'eux. A défaut, il demeure impossible d'y avoir recours. Ensuite, le juge des libertés et de la détention (ou la chambre de l'instruction) vérifie le caractère strictement nécessaire de l'acte coercitif²¹²⁵. Si cette nécessité existe, le principe de la présomption d'innocence est inapte à s'opposer au prononcé d'une telle mesure²¹²⁶. D'autres actes

²¹²¹ Sur « l'intensité de l'imputation originelle » permettant de distinguer la personne mise en examen de la personne mise en cause : V. VALETTE, *op. cit.*, n°10, p. 9.

²¹²² F. DEFFERRARD, *op. cit.*, p. 94.

²¹²³ Le suspect dispose d'un délai de six mois à compter de sa première comparution pour saisir la chambre de l'instruction de sa requête en nullité. Il peut ainsi contester sa qualité de suspect en prétendant que les indices recueillis ne peuvent « d'aucune manière être corrélés avec l'infraction » : J. LE CALVEZ, L'article 80-1, alinéa 1^{er}, du Code de procédure pénale et la nullité de la mise en examen, D., 2002, chron., p. 2277 et s., spéc. p. 2279. Il peut soutenir que « le lien de vraisemblance entre l'infraction et le demandeur exigé par l'article 80-1 du Code de procédure pénale n'existe pas ou est insuffisant » : F. DEFFERRARD, *op. cit.*, p. 99.

²¹²⁴ Art. 80-1-1 du C.P.P., ajouté par la loi n°2007-291 du 5 mars 2007.

²¹²⁵ Un auteur a résumé de manière légèrement différente le processus intellectuel devant être suivi par les magistrats lorsqu'ils se prononcent sur un placement en détention provisoire : C. GUERY, Détention provisoire et culpabilité, D., 2006, point de vue, p. 1556 et 1557 : « Premièrement, existe-t-il contre la personne des éléments permettant de sérieusement pouvoir lui imputer les faits pour lesquels elle est poursuivie ? Deuxièmement, une mesure de contrainte est-elle nécessaire ? Troisièmement, une mesure de contrôle judiciaire est-elle suffisante ? Quatrièmement, existe-t-il des critères légaux pouvant justifier un placement ou un maintien en détention provisoire ? ».

²¹²⁶ V. C.C., 29 août 2002, n°2002-461 DC, préc., cons. 66 : « Considérant (...) que le principe de présomption d'innocence (...) ne fait pas obstacle à ce que l'autorité judiciaire soumette à des mesures restrictives ou privatives de liberté, avant toute déclaration de culpabilité, une personne à l'encontre de laquelle existent des indices suffisants quant à sa participation à la commission d'un délit ou d'un crime ; que c'est toutefois à la condition que ces mesures soient prononcées selon une procédure respectueuse des droits de la défense et apparaissent nécessaires à la manifestation de la vérité, au maintien de ladite personne à la disposition de la justice, à sa protection, à la protection des tiers ou à la sauvegarde de l'ordre public » ; C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, n°2010-80, préc., cons. 5 (même considérant). Dans l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la présomption d'innocence est en effet chargée « d'un sens bien particulier : parce que tout homme est présumé innocent, les mesures coercitives avant jugement doivent avoir un caractère exceptionnel » : A. BERGEAUD-WETTERWALD, Le respect de la présomption d'innocence. Le point de vue du pénaliste, in Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal, Cujas, Actes & études, 2013, F. HOURQUEBIE et V. PELTIER (dir.), p. 59 et s., spéc. p. 60.

coercitifs auraient pu illustrer l'analyse effectuée²¹²⁷. Le soupçon constitue fréquemment une condition préalable à la nécessité. Pour être valable, celui-ci doit revêtir une consistance particulière. Ce n'est d'ailleurs que dans ce cas qu'il forme un préalable valide.

b) La consistance indispensable du soupçon

390. La suspicion sert la recherche de la vérité judiciaire. Elle la facilite en permettant l'avancée des enquêtes *lato sensu* au fur et à mesure que le seuil de la suspicion s'accroît : ce sont des raisons plausibles de soupçonner, puis des indices, des charges, enfin des preuves. Cette progression résulte des investigations et en particulier des actes coercitifs susceptibles d'être accomplis au cours des procédures²¹²⁸. A l'inverse, la suspicion se révèle plutôt défavorable pour la personne à l'encontre de laquelle elle s'exerce²¹²⁹. L'arrestation, la garde à vue, les perquisitions et saisies, les écoutes téléphoniques, etc, constituent autant de mesures qui portent gravement atteinte aux libertés individuelles. Aussi, le recours à de tels actes doit rester cantonné aux seules hypothèses où l'individu semble avoir participé à l'infraction²¹³⁰. Appréhender une infraction implique alors de raisonner en termes de probabilités²¹³¹. L'apparence vraisemblable joue un rôle décisif dans ce processus.

391. Celle-ci forme une garantie essentielle à la protection des libertés individuelles²¹³². Au stade policier, elle est souvent érigée en un élément de la légalité de l'acte accompli²¹³³. Au cours de l'information, les paliers de la vraisemblance permettent de légitimer l'emploi des mesures coercitives à l'égard de personnes présumées innocentes²¹³⁴. Dans la mesure où le soupçon doit être réel et sérieux²¹³⁵, il doit se fonder sur l'apparence et ne pas être le fruit de la fantaisie, voire de l'arbitraire. Il faut donc relever au moins un indice, ce « signe apparent qui indique avec probabilité »²¹³⁶. Le

²¹²⁷ Comme le mandat de recherche délivré par le procureur de la République (art. 70 du C.P.P.), la fouille intégrale ou les investigations corporelles internes (art. 63-7 du C.P.P.).

²¹²⁸ V. M.-C. NAGOUAS-GUERIN, *Le doute en matière pénale*, *op. cit.*, n°288, p. 189.

²¹²⁹ F. DEFFERRARD, *La suspicion légitime*, *op. cit.*, n°113, p. 88 et n°121, p. 92 ; J.-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, *op. cit.*, n°621, p. 644 et 645 ; M.-C. NAGOUAS-GUERIN, *op. cit.*, n°361, p. 255 ; M.-C. NAGOUAS-GUERIN, *Mythe et réalité du doute favorable en matière pénale*, *Rev. sc. crim.*, 2002, p. 283 et s., spéc. p. 283 et 284.

²¹³⁰ V. P. CONTE, *Un aspect de l'apparence vraisemblable au stade policier de la procédure pénale (aperçus sur la notion d'apparence en procédure pénale)*, *Rev. sc. crim.*, 1985, p. 471 et s., spéc. n°29, p. 491.

²¹³¹ F. DEFFERRARD, *Le crime et le soupçon*, *op. cit.*, spéc. n°4 ; M.-C. NAGOUAS-GUERIN, *Le doute en matière pénale*, *op. cit.*, n°108, p. 72.

²¹³² P. CONTE, *op. cit.*, n°26, p. 490, n°34, p. 494 et n°46, p. 503.

²¹³³ P. CONTE, *op. cit.*, n°12, p. 478 et n°46, p. 503, concluant de la sorte.

²¹³⁴ C. GUERY, *Les paliers de la vraisemblance pendant l'instruction préparatoire*, *J.C.P.*, 1998, I, 140, not. n°1 et n°21.

²¹³⁵ F. DEFFERRARD, *op. cit.*, n°5 : « Réel, ce qui postule qu'il repose sur des éléments précis, objectifs et vérifiables ». (...) Sérieux, car on ne pourra soupçonner à raison que si un intérêt supérieur a été atteint ou que le danger qui pèse sur lui est grave ». Sur l'idée : M.-C. NAGOUAS-GUERIN, *op. cit.*, n°106 et s., p. 71 et s.

²¹³⁶ LITRE, *Dictionnaire de la langue française*, Gallimard-Hachette, 1966, V. Indice ; V. P. GARRAUD, *La preuve par indices dans le procès pénal. Evolution de cette preuve au point de vue juridique et au point de vue technique*, Thèse, Lyon, Sirey, 1913, p. 24 et s.

soupçon est ainsi certain, bien que l'infraction demeure simplement vraisemblable²¹³⁷. Il n'empêche que le droit français ne se révèle pas conforme aux exigences européennes, notamment les textes relatifs à la garde à vue, l'article 5 §1 c) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme exigeant plusieurs raisons plausibles de soupçonner que la personne a commis une infraction et non une seule raison (« des raisons plausibles ») pour autoriser son arrestation et sa détention²¹³⁸. Quoiqu'il en soit, le moment où l'apparence vraisemblable se manifeste reste fondamental. La constatation des indices doit toujours précéder l'exécution des actes coercitifs. De tels actes ne sauraient être employés afin de découvrir un indice qui mettrait à jour la commission d'une infraction²¹³⁹. Pour être flagrante, l'infraction doit être apparente²¹⁴⁰.

392. En effet, l'ouverture d'une enquête de flagrance exige que les O.P.J. relèvent des indices apparents d'un comportement délictueux révélant l'existence d'infractions répondant à la définition de l'article 53 du C.P.P.²¹⁴¹. Ils doivent nécessairement se fonder sur des éléments objectifs pour caractériser un cas de flagrance²¹⁴². A défaut, la légalité de la procédure se trouverait compromise. Les actes coercitifs qui auraient été accomplis (perquisition, garde à vue...) se verraient alors entachés d'irrégularité et devraient être annulés en bonne logique. Si l'enquête a débuté en préliminaire, la découverte de tels indices leur permet de passer en enquête sur infraction flagrante²¹⁴³. Ces indices peuvent également apparaître au terme d'une opération de police administrative, tel le contrôle routier d'un véhicule, pourtant non destinée à une telle recherche²¹⁴⁴. Ils peuvent encore être découverts lors d'une opération de surveillance²¹⁴⁵ ou durant un contrôle d'identité²¹⁴⁶. L'apparence fait surtout

²¹³⁷ F. DEFFERRARD, *op. et loc. cit.* ; V. CA Riom, 11 mai 1853, D., 1855, II, p. 348 : Même si « le fait qui provoque l'intervention de la gendarmerie est entouré de circonstances qui laissent place au doute, les gendarmes peuvent opérer légalement l'arrestation provisoire ; qu'on ne concevrait pas, en effet, que des agents institués pour maintenir la paix publique délibérassent quand de la promptitude de leur intervention dépendent la sûreté des personnes et des propriétés et le rétablissement de l'ordre ».

²¹³⁸ Dans le même sens : V. MALABAT, La garde à vue : le point de vue du professeur, *in* La procédure pénale française est-elle soluble dans la Convention européenne des droits de l'homme ?, R.D.A., n°2, 2010, p. 65 et s., spéc. p. 66.

²¹³⁹ Il s'agit sinon d'un détournement de procédure. V. not., Cass. crim., 30 mai 1980, Bull. crim., n°165 ; D., 1981, jurispr., p. 533, note W. JEANDIDIER ; V. aussi, P. CONTE, *op. cit.*, n°11, p. 478 et n°15, p. 480, expliquant que le simple soupçon de la commission d'une infraction suffit à justifier l'ouverture d'une enquête préliminaire si l'autorité l'estime nécessaire. Voilà pourquoi la police ne peut en principe employer la coercition dans ce cadre juridique, bien que cette enquête tende à s'aligner sur l'enquête de flagrance. Dans celle-ci, les policiers ont au contraire la certitude de l'existence d'une infraction. Ceci les autorise à accomplir des actes coercitifs.

²¹⁴⁰ V. déjà, Cass. crim., 22 janv. 1953, J.C.P., 1953, II, 7456, rapp. BROUCHOT.

²¹⁴¹ Cass. crim., 4 janv. 1982, Bull. crim., n°2 ; Cass. crim., 6 fév. 1997, Bull. crim., n°49 ; Cass. crim., 5 janv. 2005, Dr. pénal, 2005, comm. n°48, note A. MARON ; Cass. crim., 25 juin 2014, n°14-81647 ; E.C.P.B. ; D., 2014, p. 1452.

²¹⁴² Dans le même sens : H. VLAMYNCK, La théorie de l'apparence : enquêtes préliminaire, de flagrance et enquêtes spécifiques de mort suspecte et de disparition inquiétante, A.J. pénal, 2005, p. 322 et s., not. p. 323.

²¹⁴³ V. Cass. crim., 17 nov. 1998, Bull. crim., n°302 ; Procédures, 1999, comm. n°107, note J. BUISSON ; Cass. crim., 5 oct. 2011, Bull. crim., n°195 ; D., 2011, p. 2775, note S. DETRAZ. La jurisprudence a en outre précisé que l'état de flagrance s'apprécie au moment de l'intervention policière, peu importe que les faits poursuivis reçoivent finalement une qualification contraventionnelle : V. Cass. crim., 11 mars 1992, Dr. pénal, 1992, comm. n°215 (1^{er} arrêt), note A. MARON.

²¹⁴⁴ V. Cass. crim., 4 nov. 1999, Bull. crim., n°247. En l'espèce, une odeur de résine de cannabis s'échappe d'un véhicule lors d'un contrôle routier ; *Adde*, Cass. crim., 20 fév. 2008, Bull. crim., n°43 (1^{er} moyen).

²¹⁴⁵ V. Cass. crim., 12 mai 1992, Bull. crim., n°187.

²¹⁴⁶ V. Cass. crim., 12 mars 1997, Bull. crim., n°100.

intervenir la vue, mais elle intéresse en réalité les cinq sens²¹⁴⁷. L'indice apparent peut, par exemple, résider en la dénonciation de la victime ou d'un tiers²¹⁴⁸. Néanmoins, une dénonciation anonyme ne constitue pas cet indice²¹⁴⁹. Celui-ci doit être dépourvu d'ambiguïté²¹⁵⁰. Procédure coercitive, l'enquête sur infraction flagrante ne saurait être ouverte à partir d'un simple soupçon²¹⁵¹.

393. L'arrestation opérée sur le fondement de l'article 73 du C.P.P. nécessite également un soupçon réel et sérieux, fondé sur une apparence vraisemblable. Selon ce texte, « 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'officier de police judiciaire le plus proche ». La formulation de la loi est claire. Un simple ou un vague soupçon serait insuffisant pour procéder à cet acte coercitif puisqu'il convient d'appréhender « l'auteur ». Certes, ni la certitude de la réalisation de l'acte délictueux ni celle de l'identité du coupable ne sont exigées. Mais l'apparence vraisemblable forme une condition de la légalité de l'arrestation²¹⁵². Malgré son hésitation, le policier ou le citoyen a le droit de procéder à l'arrestation de l'individu. Il suffit que celui-ci puisse être perçu, d'après les circonstances, comme l'auteur probable de l'acte répréhensible²¹⁵³. Cette vraisemblance s'apprécie *in abstracto*²¹⁵⁴. La Cour européenne des droits de l'homme partage une telle analyse²¹⁵⁵.

394. De même, pour être valides, les contrôles d'identité judiciaires²¹⁵⁶ requièrent un soupçon d'une certaine consistance. C'est ce qu'il ressort de l'article 78-2, alinéa 1, du C.P.P. aux termes duquel les

²¹⁴⁷ Ainsi l'odeur de cannabis dans l'espèce précitée.

²¹⁴⁸ Cass. crim., 22 avril 1992, Bull. crim., n°169 ; D., 1995, jurispr., p. 59, note H. MATSOPOULOU ; Cass. crim., 11 mai 1999, Bull. crim., n°91 ; Cass. crim., 1^{er} oct. 2003, D., 2004, jurispr., p. 1845, note M. SANCHEZ. Il peut même s'agir de la révélation du coauteur de l'infraction : Cass. crim., 23 mars 1992, Bull. crim., n°123 ; Cass. crim., 25 juin 2014, préc.

²¹⁴⁹ Cass. crim., 30 mai 1980, préc. ; Cass. crim., 2 fév. 1988, Bull. crim., n°52 ; D., 1988, somm., p. 358. Sauf si d'autres indices la confortent : V. Cass. crim., 23 oct. 1991, Bull. crim., n°371.

²¹⁵⁰ V. L. LANGLOIS, L'enquête de flagrant délit : son point de départ et sa durée, J.C.P., 1961, I, 1611, n°21.

²¹⁵¹ Sur la différence entre un simple soupçon et un indice apparent : M.-C. NAGOUAS-GUERIN, *op. cit.*, n°133, p. 85 et 86. Cette différence tient « à la présence ou à l'absence d'un indice réel qui indique véritablement la commission probable d'une infraction flagrante ».

²¹⁵² V. TGI Marseille, 28 janv. 1982, D., 1983, I.R., p. 402 et 403, obs. J.-M. R. ; CA Grenoble (ch. acc.), 4 oct. 1978, J.C.P., 1979, IV, 333 ; V. P. CONTE, *op. cit.*, n°38, p. 495 et 496. La procédure de flagrance reste régulière, même si la personne arrêtée est finalement reconnue innocente.

²¹⁵³ V. L. LANGLOIS, *op. cit.*, n°20 : « La participation aux faits délictueux doit pouvoir honnêtement se déduire des circonstances de l'arrestation ».

²¹⁵⁴ V. P. CONTE, *op. cit.*, n°38, p. 496 et les arrêts cités en note n°94. Il faut que l'auteur de l'arrestation « ait conclu de façon légitime à la vraisemblance, c'est-à-dire que toute personne, dans les mêmes circonstances, ait pu parvenir à une semblable conclusion ».

²¹⁵⁵ CEDH, 30 août 1990, *Fox, Campbell et Hartley / Royaume-Uni*, n°12244/86, 12245/86 et 12383/86.

²¹⁵⁶ Qui seuls intéressent l'étude, les contrôles de police administrative n'appartenant pas à la procédure pénale, bien qu'ils puissent donner naissance à une telle procédure en cas de constatation d'un indice apparent d'un comportement délictueux. Un contrôle d'identité est administratif lorsqu'il est opéré « pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment une atteinte à la sécurité des personnes ou des biens » (art. 78-2, al. 3 du C.P.P.). Un contrôle d'identité judiciaire sert, lui, à révéler des infractions et ne peut être accompli que pour découvrir des renseignements sur une infraction (V. J. DELVOLLE, concl. sur CE, 11 mai 1951, *Consorts Baud*, S., 1952, III, p. 13, note R. DRAGO : la qualification de police judiciaire suppose que l'acte en cause « consiste dans la recherche ou l'arrestation des auteurs d'une infraction déterminée, alors que la police administrative recouvre les missions de contrôle et de surveillance générales ». *Adde*, sur le critère finaliste de distinction entre les deux branches de la police, T.C., 15 janv. 1968, *Tayeb*, D., 1968, jurispr., p. 417, concl. SCHMELCK). Si les contrôles d'identité prévus à l'article 78-2, al. 4 du C.P.P. possèdent une nature discutable, ils apparaissent peu utiles à l'étude et peuvent être écartés (V. néanmoins, Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2014, n°13-22010, E.C.P.B. ; D., 2014, p. 1592). Ceux

O.P.J. ou certains A.P.J. peuvent inviter à justifier, par tout moyen, de son identité toute personne à l'égard de laquelle existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, etc. Dans les faits, cette raison plausible repose sur un indice²¹⁵⁷. Le contrôle d'identité doit dès lors être fondé sur des éléments concrets, objectifs. Non seulement ceux-ci assurent au policier « une induction vraisemblable », en plus être « aisément vérifiés » par la personne soumise à la mesure et par l'autorité judiciaire²¹⁵⁸. Le comportement de l'individu à l'origine du contrôle doit donc rendre vraisemblable son implication dans l'infraction²¹⁵⁹. Un vague soupçon demeure insuffisant tant en ce qui concerne le contrôle originaire que l'éventuelle vérification d'identité subséquente²¹⁶⁰.

395. La jurisprudence veille au respect de cette condition d'apparence. Le contrôle d'identité est valable dès qu'il existe une raison plausible de soupçonner que la personne a commis ou tenté de commettre une infraction ; ainsi du contrôle d'identité de celle qui déambule et présente les signes physiques révélant la consommation de produits stupéfiants²¹⁶¹, de celle de nationalité étrangère déjà connue pour avoir commis des infractions à la législation sur les étrangers²¹⁶², ou de celle qui fait demi-tour en accélérant le pas à la vue des policiers²¹⁶³. Les services de police peuvent encore

mentionnés à l'article 78-2, al. 2 sont requis par le procureur de la République (appelés opérations « coups de poing »). Ils sont *a priori* judiciaires car ils ont pour but la recherche et la poursuite des infractions énumérées par ce magistrat. Mais ils ont aussi une finalité administrative en ce qu'ils tendent à empêcher le développement d'une criminalité diffuse et visent à découvrir des infractions inconnues. Ils poursuivent donc surtout un but de prévention (D. MAYER, Prévention et répression en matière de contrôles d'identité : une distinction trompeuse, D., 1993, chron., p. 272 et s., not. p. 273 ; H. MATSOPOULOU, Les enquêtes de police, *op. cit.*, n°450, p. 383). Enfin, l'article 78-2, al. 1, 2° du C.P.P. énonce qu'un contrôle peut être effectué lorsqu'il existe à l'égard d'une personne une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle se prépare à commettre un crime ou un délit. Un tel contrôle intervient au stade des actes préparatoires, en principe non punissables en droit pénal, sauf pour quelques infractions comme l'association de malfaiteurs. Il ne peut donc pas déclencher une procédure pénale. On se situe donc à nouveau « aux confins de la police administrative » : J. PRADEL, Les recherches d'identité et la poursuite des délits flagrants depuis la loi du 10 juin 1983, D., 1984, chron., p. 75 et s., spéc. p. 76 ; A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *op. cit.*, n°1088, p. 545 ; H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, n°447, p. 381 et 382 et les auteurs cités en note n°106. *Contra* : V. VALETTE, *op. cit.*, n°189, p. 124 et 125, l'analysant comme un contrôle d'identité judiciaire.

²¹⁵⁷ Ce qui correspond à l'ancienne formulation de la loi, avant la réforme opérée par la loi du 18 mars 2003 (J.O. du 19 mars 2003, p. 4761 ; C. CUTAJAR, La loi pour la sécurité intérieure (principales dispositions), D., 2003, chron., p. 1106 et s.). L'article 78-2, al. 1 énonçait que la personne dont l'identité peut être contrôlée est celle à l'égard de laquelle existe « un indice faisant présumer » qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. Sur la notion jurisprudentielle d'indice, V. H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, n°443, p. 379.

²¹⁵⁸ A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *op. cit.*, n°1077, p. 541.

²¹⁵⁹ D. MAYER, note sous CA Paris, 12 déc. 1991, D., 1992, jurispr., p. 155. Selon le mot de J.-F. CESARO, *op. cit.*, n°629, p. 649 ; P. CONTE, *op. cit.*, n°39, p. 497 ; F. DEFFERRARD, *op. cit.*, n°328, p. 224.

²¹⁶⁰ Dans le même sens : V. VALETTE, *op. cit.*, n°193, p. 126 et 127, définissant d'ailleurs la vérification d'identité comme « le fait, pour un policier, de rechercher de manière coercitive – c'est-à-dire en retenant l'individu – l'identité de celui-ci » (n°190, p. 125) ; P. CONTE, *op. et loc. cit.*

²¹⁶¹ Cass. crim., 7 avril 1993, Inédit, n°92-82151.

²¹⁶² Cass. crim., 17 mai 1995, Bull. crim., n°177. V. aussi, Cass. crim., 16 juill. 1996, Procédures, 1997, comm. n°18, note J. BUISSON ; Rev. sc. crim., 1997, p. 148, obs. J.-P. DINTILHAC.

²¹⁶³ Cass. crim., 23 mai 1995, Bull. crim., n°187 (contrôle d'identité administratif ici). De manière générale, la fuite de l'individu à la vue des policiers suffit à déclencher un contrôle d'identité judiciaire (V. J. BUISSON, Contrôles, vérifications et relevés d'identité. – Contrôles et relevés d'identité, Jcl. proc. pén., art. 78-1 à 78-6, fasc. 10, n°67 et les arrêts cités), de même qu'une modification de comportement en présence de ceux-ci (V. Cass. crim., 1^{er} fév. 1994, Bull. crim., n°44, où deux femmes soupçonnées de trafic de stupéfiants adoptent un comportement suspect lorsqu'elles aperçoivent le véhicule de police et l'une d'elles fait tomber de la drogue de son sac au moment du contrôle). Tout signe de nervosité exprimé par l'individu ne saurait cependant justifier un contrôle d'identité (V. CA Paris, 12 déc. 1991, D., 1992, jurispr., p. 155, note D. MAYER, où il a été jugé que le simple fait d'accélérer le pas n'est pas en soi suffisamment significatif pour justifier le contrôle effectué par

procéder à un contrôle d'identité s'ils constatent des manquements caractérisés aux règles de sécurité des travailleurs sur un chantier de construction non clôturé. Un tel contrôle ayant révélé des délits flagrants de travail illégal, ils agissent alors dans le cadre d'une enquête de flagrance²¹⁶⁴.

396. Mais les juridictions, qui vérifient la réalité du soupçon (et donc de l'indice), n'hésitent pas à annuler les contrôles injustifiés, ceux qui ne sont pas fondés sur un soupçon réel, sérieux et objectif²¹⁶⁵. Une dénonciation anonyme non corroborée par d'autres éléments d'information ni confortée par des vérifications apportant des éléments précis et concordants demeure insuffisante pour justifier cet acte coercitif²¹⁶⁶, tout comme le comportement d'un individu qui dévisage avec insistance des passantes²¹⁶⁷, ou le fait d'arrêter sa voiture à la vue des policiers sans prendre les précautions nécessaires²¹⁶⁸. L'appréciation de la réalité du soupçon, partant de sa validité, s'avère bien délicate. Il a même été affirmé, à ce sujet, que « les juridictions répressives se prononcent de manières très diverses, pour ne pas dire contradictoires... »²¹⁶⁹. Malgré tout, la consistance généralement exigée du soupçon (l'apparence vraisemblable requise à partir d'un indice) constitue une garantie décisive pour la protection des citoyens contre des interventions arbitraires. Sans doute la nécessité apparaît, à titre essentiel, avec la suspicion. Elle se manifeste aussi en dehors de celle-ci.

2°- L'apparition résiduelle de la nécessité en dehors de la suspicion

397. La nécessité de l'acte coercitif n'est pas liée de façon systématique à un soupçon²¹⁷⁰. Il arrive qu'elle s'impose aux autorités publiques lorsque celles-ci doivent s'assurer des personnes et des biens. Or, la maîtrise physique d'un individu se révèle parfois nécessaire même s'il n'est pas soupçonné d'avoir commis une infraction ou bien s'il a déjà été condamné. Le stade de la suspicion est dépassé dans cette dernière hypothèse. Ce besoin d'appréhender et de détenir peut encore intéresser un suspect mais pour d'autres motifs que la suspicion dont il est l'objet. Un acte coercitif peut donc être nécessaire en procédure pénale indépendamment de la qualité de celui à l'égard duquel il est accompli : témoin, suspect (mis en examen par exemple), accusé ou condamné. Tel est notamment le cas lorsque les individus se soustraient à leurs obligations. La justice pénale doit continuer d'avancer

les policiers. L'interprétation de ce comportement se révèle difficile, il peut être dépourvu de tout lien avec la commission d'une infraction. Montrer de la nervosité envers la police n'est pas forcément le signe d'une mauvaise conscience mais peut résulter d'une émotivité, comme l'a souligné le commentateur de la décision). En tout cas, la Cour de cassation impose aux juges du fond de « rechercher si les circonstances particulières de l'espèce ne constituaient pas une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner objectivement un comportement délictueux » : Cass. crim., 27 fév. 2013, Inédit, n°12-82016.

²¹⁶⁴ Cass. crim., 2 mai 2007, Bull. crim., n°112 ; Dr. pénal, 2007, comm. n°120, note A. MARON.

²¹⁶⁵ V. F. DEFFERRARD, *Le crime (...), op. cit.*, n°21, faisant du reste remarquer que le contentieux de la régularité des contrôles d'identité est abondant.

²¹⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 2005, D., 2005, I.R., p. 1657 ; J.C.P., 2005, IV, 2619.

²¹⁶⁷ CA Paris, 26 mai 1989, JurisData n°1989-023678 : V. J. BUISSON, *Contrôles, vérifications (...), op. cit.*, n°68.

²¹⁶⁸ CA Aix-en-Provence, 8 nov. 1990, JurisData n°1990-051479 : V. J. BUISSON, *ibid.*

²¹⁶⁹ A. MARON, *Conditions d'exercice des contrôles et vérifications d'identité*, J.C.P., 1992, I, 3601, n°22.

²¹⁷⁰ Par ex., art. 78-2-2 du C.P.P., à propos des contrôles d'identité et fouilles de véhicules réalisés sur réquisitions du procureur de la République. Dans ce cas, l'acte coercitif est préalable à la découverte de l'indice.

en dépit de cela. Sinon, elle serait très souvent bloquée. Elle doit être en mesure de surmonter la passivité des individus ainsi que l'irrespect de leurs obligations. Il faut qu'elle possède la force suffisante pour vaincre cette résistance. C'est dire que l'acte coercitif apparaît indispensable afin de sanctionner l'inertie ou l'inexécution. Diverses illustrations témoignent de cette idée.

398. Certaines dispositions du Code de procédure pénale prévoient que les personnes convoquées par l'O.P.J. dans le cadre d'une enquête de police ou par le juge d'instruction en qualité de témoin lors de l'information, doivent comparaître. La formulation des articles 61, 78 et 109 ne laisse place à aucun doute. Il s'agit d'une obligation légale mise à la charge des intéressés. L'emploi de la coercition est alors autorisé en cas de passivité de leur part²¹⁷¹. Des mesures de contrainte similaires peuvent d'ailleurs être adoptées au stade du jugement. Que ce soit devant la cour d'assises ou le tribunal correctionnel²¹⁷², le témoin cité qui ne comparaît pas – sauf excuse valable – peut être amené de force devant la juridiction concernée. Si d'ordinaire la contrainte s'exerce plutôt à l'encontre du suspect ou de l'accusé *lato sensu*²¹⁷³, son utilisation est parfois nécessaire à l'égard d'individus non soupçonnés d'avoir commis une infraction²¹⁷⁴.

399. Pour autant, un simple témoin ne saurait être confondu avec un suspect²¹⁷⁵. Or la Cour européenne des droits de l'homme a considéré « le témoin » comme « un accusé »²¹⁷⁶. Cette assimilation contestable s'explique peut-être par la spécificité de l'espèce²¹⁷⁷. En tout cas, les dispositions légales précitées semblent compatibles avec celles de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans son article 5-1 b), la Convention énonce que « nul ne peut être privé de sa liberté, sauf (...) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulière (...) en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ». Le sens de cette

²¹⁷¹ Art. 61, al. 3 du C.P.P., énonçant que l'officier de police judiciaire « peut contraindre à comparaître par la force publique les personnes visées au premier alinéa » ; Art. 78 du C.P.P. (avec autorisation du parquet) ; Art. 109, al. 3 du C.P.P. (contrainte possible par la force publique) et art. 110 du C.P.P. (« mesure de contrainte dont fait l'objet le témoin défaillant »). *Adde*, art. 153 du C.P.P. (cas du témoin cité pour être entendu au cours de l'exécution d'une commission rogatoire pouvant être contraint à comparaître par le juge d'instruction).

²¹⁷² Art. 326 du C.P.P. (cour d'assises) ; Art. 439 du C.P.P. (tribunal correctionnel).

²¹⁷³ En ce qui concerne la personne poursuivie : art. 319, 320 et 320-1 du C.P.P. (accusé pouvant être amené par la force devant la cour d'assises). Pour le prévenu contre lequel un mandat d'amener ou d'arrêt peut être délivré : art. 410-1 du C.P.P.

²¹⁷⁴ Certes, dans une enquête sur infraction flagrante, lorsque l'article 61, al. 2 du C.P.P. précise que l'O.P.J. peut appeler et entendre toutes les personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets et documents saisis et que celles-ci sont tenues de comparaître, il vise un grand nombre de personnes parmi lesquelles se trouve peut-être un suspect. Mais ce texte ne vise pas exclusivement le suspect. Le même constat peut être effectué à propos de l'article 78 du C.P.P. relatif à l'enquête préliminaire.

²¹⁷⁵ Seul un suspect peut faire l'objet d'une mesure de garde à vue : art. 62-2, 77 et 154 du C.P.P.

²¹⁷⁶ CEDH, 20 oct. 1997, *Serves / France*, n°82/1996/671/893, §42 ; J.C.P., 1998, I, 107, spéc. n°20 et 23, obs. F. SUDRE, jugeant qu'une assignation à comparaître comme témoin peut s'analyser en une « accusation » au sens de l'article 6 §1 de la Convention. Or la Cour définit « l'accusation » comme « la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale » et se réfère aux « répercussions importantes sur la situation » de l'intéressé : CEDH, 27 fév. 1980, *Deweert / Belgique*, n°6903/75, § 46.

²¹⁷⁷ Dans laquelle un militaire a été mis en examen pour assassinat. Mais sa mise en examen a été annulée. Il a été ensuite assigné à comparaître comme témoin dans une information dirigée contre deux autres militaires impliqués dans la même affaire. Une véritable suspicion a alors pesé à son encontre. Il a été par la suite à nouveau mis en examen pour assassinat et finalement condamné.

expression a été précisé. Elle vise seulement « les cas où la loi autorise à détenir quelqu'un pour le forcer à exécuter une obligation spécifique et concrète qu'il a négligé jusqu'ici de remplir »²¹⁷⁸.

400. Une telle interprétation autorise les autorités publiques à effectuer des actes coercitifs dès l'instant où la personne fait fi de ses obligations en procédure pénale. Le juge d'instruction peut décerner un mandat d'arrêt ou d'amener à l'encontre du mis en examen placé sous contrôle judiciaire si celui-ci ne respecte pas les obligations de cette mesure²¹⁷⁹. Il peut aussi saisir le juge des libertés et de la détention aux fins de placement en détention provisoire, lequel a le droit de délivrer un mandat de dépôt²¹⁸⁰. L'article 707-1, alinéa 3, du C.P.P. énonce pour sa part que le défaut de paiement total ou partiel d'une amende est susceptible d'entraîner l'incarcération du condamné selon les conditions prévues par la loi. Il s'agit de la contrainte judiciaire réglementée aux articles 749 et suivants du C.P.P. Très proche d'une peine, celle-ci peut néanmoins être regardée comme un acte coercitif. Le juge de l'application des peines a la faculté d'ordonner l'emprisonnement du condamné qui ne s'exécute pas.

401. De façon plus générale, ce magistrat détient de nombreux pouvoirs à l'égard du délinquant qui tente d'échapper à ses obligations. Il peut notamment prescrire son incarcération provisoire dans certaines situations mentionnées à l'article 712-19 du C.P.P.²¹⁸¹. En vertu de l'article 741 du C.P.P., le condamné est tenu de se présenter, chaque fois qu'il en est requis, devant le juge de l'application des peines sous le contrôle duquel il est placé. S'il ne respecte pas ses obligations, ce juge peut décerner un mandat d'arrêt ou d'amener à son encontre²¹⁸². Ces quelques exemples, non exhaustifs, démontrent qu'un acte coercitif s'avère parfois nécessaire en dehors du soupçon de la commission d'une infraction. La suspicion existe déjà dans ce cas, mais à l'égard du condamné, plus précisément du comportement qu'il est susceptible d'adopter. Etudier le sens et le seuil de la nécessité a permis en fin de compte de mieux cerner cette notion. La question de l'étendue de son contrôle subsiste toutefois.

§2 – Le contrôle de la nécessité de l'acte coercitif

402. Il ressort de l'article préliminaire du Code de procédure pénale que l'autorité judiciaire doit contrôler la nécessité et la proportionnalité des actes coercitifs. Or, d'emblée, ce contrôle semble inégal : il demeure fluctuant selon ces actes. La tendance générale est qu'il apparaît souvent

²¹⁷⁸ CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres / Pays-Bas*, n°5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, § 69 ; CEDH, 6 nov. 1980, *Guzzardi / Italie*, n°7367/76, § 101 ; CEDH, 22 fév. 1989, *Ciulla / Italie*, n°11152/84 § 36 ; J. DE MEYER, Article 5§ 1, in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), Economica, 2^{ème} éd., 1999, p. 189 et s., spéc. p. 193.

²¹⁷⁹ Art. 141-2 du C.P.P.

²¹⁸⁰ *Ibid.*

²¹⁸¹ V. aussi, l'article 747-3, al. 4 du C.P.P., qui permet au juge de l'application des peines, s'il fait application de l'article 712-17, d'ordonner l'incarcération provisoire du condamné au cas où la juridiction de jugement a ajourné le prononcé de la peine.

²¹⁸² Cet article procède à un renvoi à l'article 712-17, texte général qui prévoit la possibilité pour le juge de l'application des peines de délivrer des mandats contre le condamné si ce dernier n'observe pas ses obligations.

perfectible (A). Cette situation se rencontre lorsque l'opportunité d'accomplir un acte coercitif n'exige aucune motivation ou que l'examen de celle-ci, pourtant exigée, s'avère essentiellement formel. Au contraire, ce contrôle de nécessité se révèle parfois tout à fait convenable (B). L'opportunité d'exécuter l'acte coercitif doit être motivée et pareille motivation fait l'objet d'un contrôle réel.

A – Un contrôle souvent perfectible

403. En dépit des prescriptions légales, le juge pénal n'exerce guère de contrôle sur la nécessité de l'acte coercitif, du moins de contrôle approfondi²¹⁸³. Certains de ces actes le reflètent parfaitement. La garde à vue (1°) ainsi que les écoutes téléphoniques et la sonorisation (2°) constituent sans doute les meilleures illustrations du caractère perfectible dudit contrôle.

1°- La garde à vue

404. Sous l'empire des textes antérieurs à la loi du 14 avril 2011, les articles 63, 77 et 154 du C.P.P. énoncent deux conditions pour pouvoir placer une personne en garde à vue. Il faut, d'une part, qu'il existe à son encontre une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, ce qui exige un soupçon réel et sérieux. Il faut, d'autre part, que la mesure soit justifiée par les nécessités de l'enquête ou de l'exécution de la commission rogatoire. La première condition fait l'objet d'un contrôle des juges du fond. En revanche, ceux-ci n'examinent pas la seconde²¹⁸⁴. Pire, la Cour de cassation refuse aux juridictions de jugement – et peut-être également aux chambres de l'instruction – de vérifier que la garde à vue a bien été décidée pour les nécessités de l'enquête²¹⁸⁵. Dans un arrêt du 4 janvier 2005²¹⁸⁶, ultérieurement confirmé²¹⁸⁷, elle a considéré que « la décision de placer en garde à vue une 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 relève d'une faculté que l'officier de police judiciaire tient de la loi et qu'il exerce, dans les conditions qu'elle

²¹⁸³ Dans le même sens : C. COPAIN, L'encadrement de la contrainte probatoire (...), *op. cit.*, n°388 et s., qui évoque « une quasi clause de style » (et n°478 et s. sur le contrôle juridictionnel « insatisfaisant » de la proportionnalité).

²¹⁸⁴ V. Cass. ch. mixte, 7 juill. 2000, Bull. crim., n°257 ; J.C.P., 2000, II, 10418, obs. O. GUERIN, où l'espèce soulève plutôt la question de la proportionnalité de la garde à vue, puisque la mesure s'est poursuivie pendant des heures alors que la personne a été auditionnée et qu'aucun acte n'a été ensuite accompli. Il ressort de l'arrêt, rendu au visa de l'article 63, al. 1^{er} du C.P.P., qu'à partir du moment où la garde à vue n'excède pas le délai légal, les juges du fond ne peuvent pas la sanctionner de nullité au motif qu'elle n'apparaîtrait pas nécessaire, ou plutôt, qu'elle serait entachée d'une disproportion manifeste. Dans son attendu, la chambre criminelle prend soin d'oublier de mentionner la condition de nécessité. Cette ellipse volontaire lui a permis d'évacuer la question. Pourtant, dans un arrêt antérieur, la Cour de cassation semble s'être assurée de l'existence du contrôle exercé par la chambre de l'instruction sur la nécessité d'une garde de vue : V. Cass. crim., 15 sept. 1999, Bull. crim., n°185.

²¹⁸⁵ Cass. crim., 4 janv. 2005, préc., Bull. crim., n°3 ; Dr. pénal, 2005, comm. n°49, note A. MARON ; J.C.P., 2005, II, 10176, note P. CONTE.

²¹⁸⁶ *Ibid.*

²¹⁸⁷ V. Cass. crim., 27 sept. 2005, Bull. crim., n°237 ; Cass. crim., 14 juin 2006, Inédit, n°02-83401, reprenant la motivation de Cass. ch. mixte, 7 juill. 2000, préc. ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2007, chron. « un an de... » n°3, spéc. n°9.

définit, sous le seul contrôle du procureur de la République ou, le cas échéant, du juge d'instruction ». Que la chambre criminelle ne vérifie pas elle-même la nécessité du placement en garde à vue n'est pas choquant. Il s'agit d'un contrôle factuel, en principe étranger aux juges du droit. Qu'elle interdise ce contrôle aux juges du fond au motif qu'il est l'apanage du parquet ou du magistrat instructeur, apparaît nettement plus contestable.

405. Pour aboutir à une telle solution, la Cour de cassation suit un raisonnement assez simple. Elle procède à une distinction entre les deux conditions de placement en garde à vue. Le soupçon réel et sérieux qui pèse à l'encontre de l'individu forme la condition de légalité de l'acte. Si elle n'est pas remplie, les juges du fond doivent annuler la garde à vue. La nécessité de recourir à cette mesure suppose quant à elle une appréciation d'opportunité. Cette opportunité est librement appréciée par l'O.P.J. sous le contrôle exclusif du magistrat en charge de l'enquête²¹⁸⁸. Voilà comment la chambre criminelle opère « un glissement de l'interprétation traditionnellement souveraine des juges (...) vers une interprétation exclusive des O.P.J. »²¹⁸⁹. Certes, le parquet, le juge d'instruction, voire le juge des libertés et de la détention dans une enquête sur des faits de criminalité organisée, doivent contrôler l'adéquation de la garde à vue aux « nécessités de l'enquête ». Mais ce contrôle n'est pas forcément suffisant. Son effectivité s'avère douteuse en pratique²¹⁹⁰. Exercé le temps d'un bref échange téléphonique avec l'O.P.J., il demeure distant pour des raisons matérielles²¹⁹¹. Faisant en principe confiance à celui-ci, le magistrat donne souvent son aval et confirme ensuite sa décision par écrit. Après tout, en quoi ce contrôle fonctionnel interdirait-il un examen ultérieur de ces « nécessités » par la juridiction de jugement ? L'éviction de ce dernier contrôle permet d'octroyer une liberté considérable à la police. Elle tend à accroître l'efficacité de l'action policière²¹⁹². Or, compte tenu de l'imprécision de la notion de « nécessités de l'enquête », renfermant un motif vague et général, les O.P.J. disposent déjà d'une liberté tangible²¹⁹³.

²¹⁸⁸ Sur cette explication : A. MARON, note sous Cass. crim., 4 janv. 2005, Dr. pénal, 2005, comm. n°49 ; A. MARON, Soupçons, perquisition et garde à vue (3 arrêts), Dr. pénal, 1999, comm. n°30.

²¹⁸⁹ M. HERZOG-EVANS, Garde à vue : de l'interprétation souveraine des juges du fond à l'interprétation exclusive des O.P.J., A.J. pénal, 2005, p. 409 et 410.

²¹⁹⁰ Bien que le parquet ou le juge d'instruction doive être avisé dès le début de la garde à vue par l'O.P.J., tout retard dans la transmission de cette information faisant nécessairement grief au gardé à vue, sauf circonstances insurmontables (V. par ex., Cass. crim., 10 mai 2001, Bull. crim., n°119 ; Cass. crim., 2 fév. 2005, Bull. crim., n°41 ; D., 2005, I.R., p. 797 ; Rev. sc. crim., 2006, p. 416, obs. J. BUISSON ; Cass. crim., 20 mars 2007, Bull. crim., n°85). Le magistrat doit alors vérifier la nécessité de la mesure *ab initio* et tout au long de celle-ci, puis au moment de son éventuelle prolongation. Rapp., partageant ces doutes sur l'effectivité du contrôle : V. MALABAT, La garde à vue (...), *op. cit.*, p. 67.

²¹⁹¹ M. HERZOG-EVANS, *op. cit.*, p. 410, expliquant que le magistrat du parquet ne peut pas recevoir les O.P.J. et tous les gardés à vue, et ce, en début de mesure ou même lorsqu'il le réclame, lors de la prolongation.

²¹⁹² V. B. BOULOC, L'acte d'instruction, *op. cit.*, n°314, p. 212 ; V. VALETTE, La personne mise en cause (...), *op. cit.*, note n°1, p. 146.

²¹⁹³ Sur ce point, V. VELASCO, La liberté individuelle, une garantie à rude épreuve, Frontières du droit, critique des droits, Billets d'humeur en l'honneur de D. LOCHAK, Droit et société, n°14, L.G.D.J., 2007, p. 215 et s., spéc. p. 217 ; J. LEROY, Garde à vue, Jcl. proc. pén., App. art. 53 à 73, fasc. 20, n°11.

406. L'absence de contrôle juridictionnel de la nécessité de l'acte coercitif participe à la sauvegarde de la validité des poursuites. Les enquêteurs sont assurés que leur choix de placer une personne en garde à vue ne pourra être remis en cause devant les juridictions répressives, toute contestation à ce sujet étant prohibée, sauf si la condition de légalité de la mesure (l'existence des soupçons) fait défaut. Certains auteurs ont critiqué pareille interprétation des textes²¹⁹⁴. Il a été souligné que l'opportunité de décider un placement en garde à vue constitue, au sein de l'article 63 du C.P.P., une condition à part entière de régularité de la mesure, à l'égal du soupçon réel et sérieux²¹⁹⁵. Dans ce cas, l'opportunité serait « absorbée » par la légalité, elle en deviendrait « une composante »²¹⁹⁶. Le recours à la garde à vue ne serait dès lors possible que s'il s'avère adéquat aux nécessités de l'enquête²¹⁹⁷.

407. Il est vrai que cette jurisprudence encourt la critique. L'O.P.J. bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire pour ordonner le placement en garde à vue²¹⁹⁸. Ce pouvoir est nécessaire à l'adaptation de l'action policière aux données factuelles, l'autorité devant disposer d'un choix en opportunité de la mesure²¹⁹⁹. Mais l'impossibilité pour les juridictions de jugement de contrôler le choix de placer une personne en garde à vue (ainsi que la durée de celle-ci) ne repose sur aucune justification sérieuse, notamment eu égard aux solutions retenues en droit administratif. Dans ce contentieux, il existe trois niveaux de contrôles. Aucun contrôle n'est parfois exercé sur les choix opérés (absence de contrôle d'adéquation). D'autres fois, seules les disproportions manifestes dans le choix effectué sont sanctionnées (contrôle restreint d'adéquation). Enfin, il arrive que le juge exige une réelle adéquation entre le contenu de l'acte et la condition légale qui le justifie²²⁰⁰. Il s'agit d'un contrôle maximal, car il porte sur « l'exacte proportionnalité » des faits (contrôle maximal d'adéquation)²²⁰¹. Appliqué aux mesures de police générale susceptibles d'attenter aux libertés fondamentales et aux décisions prises en cas de circonstances exceptionnelles, le juge y procède en matière de police des étrangers lors de

²¹⁹⁴ V. P. CONTE, note sous Cass. crim., 4 janv. 2005, J.C.P., 2005, II, 10176 ; M. HERZOG-EVANS, Garde à vue : de l'interprétation souveraine des juges du fond (...), *op. cit.* ; Adde, F. SAINT-PIERRE, Le véritable enjeu des contrôles juridictionnels de la légalité des procédures pénales : la « sûreté » des justiciables, A.J. pénal, 2005, p. 177 et s., not. p. 182 : « Les juges du siège ne devraient-ils pas apprécier la nécessité des mesures coercitives employées par les services de police, en fonction des circonstances factuelles de chaque affaire ? ».

²¹⁹⁵ P. CONTE, note préc.

²¹⁹⁶ *Ibid.* ; Rapp., P.-L. FRIER, J. PETIT, Droit administratif, *op. cit.*, n°937, notant que « l'opportunité est comme les mirages ; chaque fois qu'on s'en approche, elle recule pour réapparaître plus loin, car il reste presque toujours à un stade ou un autre de la décision une marge de choix. Ce qui relevait de l'opportunité entre dans la légalité quand le juge décide de la vérifier, elle réapparaît là où s'arrête son contrôle ».

²¹⁹⁷ *Ibid.* ; Comp., pour une fouille pratiquée au Canada : Cour suprême du Canada, jugement, 17 janv. 2014, 2014 CSC 3, R. / Mac-Donald, J.C.P., 2014, 178, obs. J. JEHL.

²¹⁹⁸ Ce pouvoir discrétionnaire ressort de la lecture des anciens articles 63, 77 et 154 du C.P.P. Le placement en garde à vue pour les nécessités de l'enquête reste une faculté pour l'O.P.J., autrement dit celui-ci dispose d'un choix. Il ne s'agit donc pas d'une compétence liée, car l'O.P.J. n'aurait aucun choix dans ce cas. Il aurait l'obligation d'agir. Selon MICHOU, le pouvoir discrétionnaire existe « toutes les fois qu'une autorité agit librement sans que la conduite à tenir soit dictée à l'avance par une règle de droit » : V. P.-L. FRIER, J. PETIT, *op. cit.*, n°580.

²¹⁹⁹ P.-L. FRIER, J. PETIT, *op. et loc. cit.* Mais il ne s'agit pas d'un pouvoir arbitraire puisqu'un soupçon véritable doit exister à l'égard de l'intéressé.

²²⁰⁰ P.-L. FRIER, J. PETIT, *op. cit.*, n°927 et s.

²²⁰¹ Selon le mot de P.-L. FRIER, J. PETIT, *op. cit.*, n°930.

son examen de la proportionnalité d'une expulsion²²⁰², ou d'expropriation (le droit de propriété étant remis en cause) vu que l'utilité publique de l'opération doit répondre dans les faits à diverses conditions²²⁰³. Comme le placement en garde à vue porte atteinte à une liberté fondamentale, la liberté d'aller et de venir, la chambre criminelle aurait été mieux inspirée d'adopter la même attitude que le Conseil d'Etat. Elle aurait pu accorder aux juges du fond la possibilité de vérifier l'adéquation de la mesure aux nécessités de l'enquête²²⁰⁴. L'article 66 de la Constitution n'érige-t-il pas le juge judiciaire en gardien de la liberté individuelle ?

408. Dans ces conditions, il n'est pas certain que la garde à vue soit placée sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire, malgré les efforts du Conseil constitutionnel qui s'assure de la soumission des actes coercitifs à la « garantie judiciaire »²²⁰⁵. Certaines de ses décisions sont éloquents sur ses exigences²²⁰⁶. S'agissant de la garde à vue, il a estimé qu'« il importe que les décisions prises en la matière par les officiers de police judiciaire soient portées aussi rapidement que possible à la connaissance du procureur de la République, afin que celui-ci soit à même d'en assurer effectivement le contrôle ». Il a alors formulé une réserve d'interprétation selon laquelle l'information du parquet « dans les meilleurs délais » 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 »²²⁰⁷. A en croire le juge constitutionnel, le contrôle du ministère public (ou du juge d'instruction) se montre effectif dans la mesure où il s'opère dès le début de la garde à vue.

409. La loi du 14 avril 2011 a développé et répertorié ces fameuses « nécessités de l'enquête » à l'article 62-2 du C.P.P. Désormais la garde à vue n'est possible que si elle constitue « l'unique moyen » de parvenir à l'un au moins des objectifs énumérés au texte. Le législateur a repris une formulation proche de celle prévue à l'article 144 du C.P.P. relatif à la détention provisoire, certains motifs étant du reste communs aux placements en garde à vue et en détention²²⁰⁸. L'expression « unique moyen » renvoie au caractère « strictement nécessaire » ou « absolument nécessaire » de

²²⁰² V. CE Ass., 19 avril 1991, *Belgacem et Mme Babas* (2arrêts), D., 1991, jurispr., p. 399, note X. PRETOT ; J.C.P., 1991, II, 21757, note NGUYEN VAN TUONG. Pour se décider sur l'expulsion, le juge administratif examine les avantages qu'en tirerait l'ordre public et les inconvénients pour l'étranger au regard de son droit à une vie familiale normale.

²²⁰³ V. CE, Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle-Est*, Rec., p. 409, concl. G. BRAIBANT (bilan coûts-avantages).

²²⁰⁴ D'aucuns l'ont d'ailleurs formulé : V. F. SAINT-PIERRE, Le véritable enjeu des contrôles (...), *op. cit.*, p. 182.

²²⁰⁵ Selon l'expression de J. BUISSON, obs. sur Cass. crim., 2 fév. 2005, Rev. sc. crim., 2006, p. 416, spéc. p. 418.

²²⁰⁶ V. par ex., C.C., 18 janv. 1995, n°94-352 DC, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, J.O. du 21 janv. 1995, p. 1154, cons. 19, où il estime, à propos de fouilles de véhicules, que « s'agissant de telles opérations qui mettent en cause la liberté individuelle, l'autorisation d'y procéder doit être donnée par l'autorité judiciaire, gardienne de cette liberté en vertu de l'article 66 de la Constitution » ; C.C., 16 juill. 1996, n°96-377 DC, préc., cons. 17, sur les visites, perquisitions et saisies de nuit.

²²⁰⁷ C.C., 11 août 1993, n°93-326 DC, préc., cons. 3, précisant *in fine* que « les mots "dans les meilleurs délais" ne sauraient avoir pour portée de priver les magistrats concernés du pouvoir de contrôle qu'il leur appartient d'exercer ». A la lumière de cette décision, on comprend pourquoi la Cour de cassation sanctionne de nullité tout retard dans l'information du parquet ou du magistrat instructeur d'un placement en garde à vue.

²²⁰⁸ Rapp., art. 62-2, 3°, 4° et 5° et art. 144, 1°, 2° et 3° du C.P.P.

l'acte coercitif comme l'envisage le droit européen, elle traduit son caractère subsidiaire. Cette privation de liberté doit constituer le seul moyen de permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne ; garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l'enquête ; empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels ; empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches ; empêcher que la personne ne se concerte avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices ; garantir la mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit²²⁰⁹. A bien y regarder, les anciens motifs de mise en garde à vue au nom des « nécessités de l'enquête » (ou de « l'exécution de la commission rogatoire ») correspondent assez largement aux objectifs énumérés à l'article 62-2 du C.P.P.²²¹⁰.

410. Il convient de rappeler qu'ont été considérés comme ressortissant aux nécessités de l'enquête, la préservation d'indices, l'interrogatoire ou l'identification d'un suspect, la protection d'un témoin, une perquisition au domicile de l'intéressé contre sa volonté, une confrontation ou le souci d'éviter que le suspect entre en contact avec des tiers²²¹¹. La Cour de cassation a même admis la garde à vue dans le seul but de maintenir le suspect à la disposition du parquet en vue de son défèrement²²¹², avant que la loi du 9 mars 2004 ne détermine le régime juridique applicable au défèrement²²¹³. L'article 64, I, 1° du C.P.P. énonce aujourd'hui que l'O.P.J. mentionne, dans le procès-verbal décrivant le déroulement de la garde à vue, les motifs qui la justifient, conformément aux 1° à 6° de l'article 62-2. A défaut d'être fondée sur l'un de ces motifs, la mesure est irrégulière. Cette condition devra désormais faire l'objet d'un contrôle juridictionnel dont la portée reste à définir : « se contentera-t-on de contrôler, nécessairement *a posteriori* au cours des procédures subséquentes à la garde à vue, que le placement en garde à vue corresponde à l'une des circonstances visées par la loi ou opérera-t-on un contrôle de nécessité et de proportionnalité, ces principes étant affirmés par la loi, plus général ? Ira-t-on jusqu'à apprécier non seulement la nécessité et la proportionnalité du placement mais celle du

²²⁰⁹ Art. 62-2, 1° à 6° du C.P.P. Cette liste est limitative, le placement en garde à vue doit donc être motivé par au moins une de ces raisons. Le dernier motif (« garantir la mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit ») évoque le 6° de l'article 144 du C.P.P. et présente la garde à vue comme une mesure de sûreté destinée à faire cesser l'infraction, alors que jusqu'à la loi du 14 avril 2011, la garde à vue est conçue exclusivement comme une mesure commandée par les nécessités de l'enquête (F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2529). Il semble que ce motif ait été instauré afin de permettre, notamment, le maintien en garde à vue d'un étranger en situation irrégulière le temps de prendre les dispositions nécessaires pour assurer sa rétention administrative et sa reconduite à la frontière. A cet égard, la Cour de cassation a considéré que l'article L. 621-1 du C.E.S.E.D.A. étant contraire à la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008, les gardes à vue décidées à raison du délit de séjour irrégulier sont irrégulières : Cass. civ. 1^{ère}, 5 juill. 2012, Bull. civ., I, n°158.

²²¹⁰ Pour une comparaison des « anciens » et « nouveaux » motifs de placement en garde à vue : F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. et loc. cit.*

²²¹¹ V. J. LEROY, La garde à vue après la réforme, *op. cit.*, n°31, p. 23 et les arrêts cités.

²²¹² V. Cass. crim., 22 mai 2001, Dr. pénal, 2001, comm. n°122, note A. MARON ; J. LEROY, *op. cit.*, n°31, p. 23 et 24.

²²¹³ Il est douteux, à l'heure actuelle, qu'en l'absence de toute investigation, la seule nécessité de permettre l'exécution du défèrement puisse justifier la garde à vue, car la privation de liberté liée au défèrement se trouve réglementée depuis la loi du 9 mars 2004.

maintien en garde à vue ? Cette innovation pourra entraîner des obligations formelles plus lourdes pour les parquets et les enquêteurs pourraient se voir tenus de motiver la garde à vue autrement qu'en cochant une case sur un formulaire pré-imprimé »²²¹⁴.

411. D'aucuns estiment, toutefois, que la réécriture des textes relatifs à la garde à vue ne conduira pas nécessairement à un infléchissement de la jurisprudence interdisant aux juridictions de jugement et aux chambres de l'instruction de vérifier la nécessité de cette mesure, au motif qu'elle relève du seul contrôle fonctionnel du magistrat du parquet ou du juge d'instruction²²¹⁵. « De la légalité et la réalité de l'objectif poursuivi s'infèrera sans doute en pratique la nécessité de la mesure »²²¹⁶. A ce titre, la formulation de l'article 62-3, alinéa 2, du C.P.P. peut donner lieu à deux interprétations bien différentes. Aux termes de ce texte, « le procureur de la République apprécie si le maintien de la personne en garde à vue et, le cas échéant, la prolongation de cette mesure sont nécessaires à l'enquête et proportionnés à la gravité des faits que la personne est soupçonnée d'avoir commis ou tenté de commettre ». Il est possible de voir dans ces dispositions une consécration de la jurisprudence selon laquelle l'appréciation de la nécessité appartient au seul magistrat en charge de l'acte coercitif²²¹⁷, ou, à l'opposé, une invitation à assurer le contrôle juridictionnel, le juge devant s'assurer que l'exigence de nécessité et de proportionnalité a été respectée²²¹⁸. Mais la Cour de cassation est-elle prête à autoriser les juges du fond à procéder à un tel examen et accepter dès lors le développement d'un contentieux abondant²²¹⁹ ? Dans l'affirmative, n'y aurait-il pas un risque de disparité des décisions rendues par les juges du fond, faisant peser des incertitudes sur les procédures²²²⁰ ? Il apparaît pourtant essentiel que la chambre criminelle permette aux juridictions de jugement de réaliser ce contrôle de nécessité. L'acte coercitif doit être soumis, en toute circonstance, à « la garantie judiciaire »²²²¹. En matière de garde à vue, le contrôle de nécessité apparaît donc perfectible. Il l'est également à propos d'autres actes coercitifs.

²²¹⁴ V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2011, chron. « un an de... » n°7, spéc. n°34. V. aussi, F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2530.

²²¹⁵ V. F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. et loc. cit.*

²²¹⁶ *Ibid.*

²²¹⁷ Cass. crim., 4 janv. 2005, préc., notamment.

²²¹⁸ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. et loc. cit.*

²²¹⁹ O. GUERIN, obs. sur Cass. ch. mixte, 7 juill. 2000, J.C.P., 2000, II, 10418, sur contrôle juridictionnel de la durée d'une garde à vue n'ayant pas dépassé 24 heures.

²²²⁰ *Ibid.* Pour ce haut magistrat, « s'engager dans la voie d'un contrôle juridictionnel de la durée d'une garde à vue n'ayant pas excédé la durée légale risquerait de créer des incertitudes ». Selon lui, ce contrôle n'apparaît donc pas opportun, la mesure étant déjà placée sous le contrôle fonctionnel d'un magistrat.

²²²¹ Rapp., J. BUISSON, obs. préc. sur Cass. crim., 2 fév. 2005 : « Prohiber le contrôle que doit opérer le juge de jugement au motif qu'un précédent contrôle l'a été par le procureur ou par le juge d'instruction dans le cadre d'une enquête de police judiciaire reviendrait à entamer quelque peu la garantie judiciaire constitutionnellement imposée, à amoindrir voire à anéantir le contrôle de nécessité constitutionnellement, conventionnellement et légalement édicté, à atteindre l'effectivité du contrôle conventionnellement exigé ».

2°- Les écoutes téléphoniques et la sonorisation

412. Selon l'article 81, alinéa 1, du C.P.P., « le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge ». Combiné à l'article 151 du C.P.P. et « aux principes généraux de la procédure pénale », ce texte fonde la validité des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications avant l'adoption de la loi du 10 juillet 1991²²²². Il offre à ce juge la liberté d'apprécier l'opportunité des actes d'instruction à accomplir. Ceux-ci doivent simplement lui paraître utiles²²²³. Mais en est-il ainsi en matière d'écoutes téléphoniques ? En outre, la nécessité de cette mesure fait-elle l'objet d'un contrôle ?

413. L'article 100 du C.P.P. semble poser le principe de subsidiarité de telles interceptions. Gravement attentatoires à la vie privée, elles ne pourraient être ordonnées qu'au cas où le juge d'instruction ne disposerait d'autres moyens pour rassembler les preuves de l'infraction²²²⁴. Certes, ce texte ne l'affirme pas de façon expresse. Il indique néanmoins que ce magistrat peut les prescrire « lorsque les nécessités de l'information **l'exigent** »²²²⁵. D'après la circulaire du 26 septembre 1991 (art. C. 100), cette condition, ajoutée à celle de la gravité de l'infraction commise (un crime ou un délit puni d'au moins deux ans d'emprisonnement), traduirait en droit interne le principe de proportionnalité dégagé par la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 8 de la Convention. Dans son second alinéa, l'article 100 du C.P.P. précise toutefois que si la décision d'interception doit être écrite, elle est dépourvue de caractère juridictionnel et demeure insusceptible de recours²²²⁶. Elle n'a même pas à être motivée selon la Cour de cassation²²²⁷. C'est un acte

²²²² V. Cass. crim., 23 juill. 1985, Bull. crim., n°275 (*Kruslin*), où sont énoncées les conditions de validité des écoutes téléphoniques. Cependant, ces textes très généraux (et que dire « des principes généraux de la procédure pénale » auxquels le juge de cassation se réfère ?) ne prévoyaient pas avec assez de clarté la possibilité de recourir aux écoutes et n'instituaient pas non plus de garanties satisfaisantes quant à leur exécution. Ceci a conduit à la condamnation de la France par la Cour de Strasbourg dans les arrêts *Kruslin* et *Huvig* du 24 avril 1990.

²²²³ V. not., art. 92, al. 1, 94, 101, al. 1 et 161, al. 4 du C.P.P. Ainsi « le législateur s'en remet entièrement au pouvoir souverain des magistrats instructeurs, en procédant à une sorte de légalisation de l'opportunité » : P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n°436.

²²²⁴ A l'instar de la détention provisoire, qui ne peut être ordonnée que si elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs énumérés à l'article 144 du C.P.P. (et que celui-ci ne saurait être atteint en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique).

²²²⁵ Dans le même sens : J. PRADEL, Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications (commentaire de la loi n°91-646 du 10 juillet 1991), D., 1992, chron., p. 49 et s., spéc. n°9, p. 52 ; V. PELTIER, Le secret des correspondances, P.U.A.M., 1999, préf. P. CONTE, n°761, p. 598 et les auteurs cités en note n°1845. C'est la position de la doctrine majoritaire, même si un auteur (H. MATSOPOULOU) a exprimé l'opinion contraire au double motif que si le législateur avait entendu conférer un caractère subsidiaire aux écoutes, il l'aurait prescrit de manière expresse et, si tel avait été le cas, la décision de recourir à cette mesure aurait dû être motivée.

²²²⁶ La Cour de cassation respecte la lettre de la loi en jugeant que cette décision est insusceptible de recours : Cass. crim., 6 oct. 1999, Bull. crim., n°210 ; Cass. crim., 16 mai 2000, Bull. crim., n°190 (solution implicite).

²²²⁷ Cass. crim., 13 oct. 1999, Procédures, 2000, comm. n°74, note J. BUISSON ; Cass. crim., 27 sept. 2011, Bull. crim., n°186 ; D., 2012, p. 263, note T. POTASZKIN ; Cass. crim., 22 oct. 2013, Bull. crim., n°196. C'est déjà ce que prévoit la circulaire du 26 sept. 1991, précitée, alors que l'article 100 du C.P.P. a gardé le silence à ce sujet. V. F. KERN, Les écoutes au regard du droit répressif français et de la Convention européenne des droits de l'homme. Loi 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications (J.O. du 13 juillet 1991, page 9167), Thèse,

d'instruction qui a pour but la manifestation de la vérité²²²⁸. Cette décision peut être soumise à un contrôle de légalité par l'exercice d'une action en nullité fondée sur les articles 170 et suivants du C.P.P.²²²⁹. Le contrôle de sa nécessité apparaît en revanche illusoire.

414. Comment contrôler la décision du juge qui ordonne des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, alors qu'elle n'a pas été motivée ? Il n'existe sans doute pas de lien obligé entre la subsidiarité des écoutes et la motivation de l'acte y recourant²²³⁰. Le juge peut adopter une telle décision seulement si les autres actes d'administration de la preuve se révèlent inutilisables ou inefficaces. Et il peut le faire sans s'en expliquer. Cependant, aucun contrôle de fond sur son choix n'est alors possible²²³¹. La subsidiarité ressemble davantage à une « directive »²²³², à une « recommandation » faite au magistrat instructeur²²³³, plutôt qu'à une véritable règle juridique. Celui-ci apprécie de façon souveraine « les nécessités de l'information »²²³⁴. La marge d'appréciation dont il jouit lui est accordée dans un souci d'efficacité²²³⁵. Libre de prescrire des interceptions lorsque la nécessité l'impose, le choix du juge reste à l'abri des contestations. L'annulation de la procédure ne profiterait ni à ce magistrat ni à la sécurité juridique, pas même à l'ordre public²²³⁶.

415. D'un point de vue pratique, ces motifs suffisent à rejeter le contrôle de nécessité avec le risque de nullité qu'il comporte en cas d'irrespect de la subsidiarité. *A priori*, ce refus de vérifier la nécessité

Paris II, 1992, p. 199. *Contra*, M. ALBAREDE, Le régime juridique des écoutes téléphoniques judiciaires, *Gaz. pal.*, 1997, *doctr.*, p. 1 et s., spéc. p. 4 et 5, pour qui le juge doit motiver sa décision de recourir aux interceptions téléphoniques.

²²²⁸ L'acte peut prendre la forme d'une ordonnance mais, en pratique, il s'agit d'une commission rogatoire délivrée aux O.P.J., lesquels feront une réquisition au service des télécommunications : V. J. PRADEL, *op. cit.*, n°16, p. 54.

²²²⁹ V. J. DUMONT, Interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, *Jcl. proc. pén.*, art. 100 à 100-7, fasc. 20, n°60. L'article 100-1 du C.P.P. indique que la décision doit comporter « tous les éléments d'identification de la liaison à intercepter, l'infraction qui motive le recours à l'interception ainsi que la durée de celle-ci ». V. aussi, P. KAYSER, La loi n°91-646 du 10 juillet 1991 et les écoutes téléphoniques, *J.C.P.*, 1992, I, 3559, spéc. n°11.

²²³⁰ V. PELTIER, *op. et loc. cit.*

²²³¹ Il en est de même dans le cadre de l'article 706-95 du C.P.P. Lorsque l'infraction sur laquelle porte l'enquête préliminaire ou de flagrance entre dans le champ d'application de l'article 706-73 du C.P.P. (criminalité organisée), le juge des libertés et de la détention peut autoriser, à la requête du procureur de la République, des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications si les nécessités de l'enquête l'exigent. Or, la nécessité n'est pas plus contrôlée que dans le cadre de l'information, l'article 706-95 opérant un renvoi exprès à l'article 100, alinéa 2, du C.P.P. Pour une illustration manifeste : *Cass. crim.*, 27 sept. 2011, préc., écartant la motivation des décisions d'autorisation des interceptions de correspondances téléphoniques rendues par le juge des libertés et de la détention, les textes légaux n'étant pas contraires aux dispositions conventionnelles invoquées « dès lors que les écoutes téléphoniques constituent une ingénierie nécessaire, dans une société démocratique, pour lutter notamment contre la criminalité organisée (...) ». Mais concrètement, la Cour ne contrôle pas cette nécessité. Seul le juge des libertés et de la détention l'apprécie. La même solution gouverne les interceptions décidées par le juge des libertés et de la détention sur le fondement de l'article 74-2 du C.P.P. en vue de rechercher une personne en fuite si les nécessités de l'enquête l'exigent ; ou celles adoptées en vertu de l'article 80-4 du C.P.P. (information pour recherche des causes de la mort ou des causes d'une disparition prévue par les textes).

²²³² Selon le mot de P. KAYSER, *op. cit.*, n°9.

²²³³ Selon le mot de J. DUMONT, *op. cit.*, n°48.

²²³⁴ *Contra*, M. ALBAREDE, *op. et loc. cit.*

²²³⁵ V. C. GUERRIER, *Les écoutes téléphoniques*, éd. CNRS, Paris, 2000, p. 91.

²²³⁶ Ce sont les raisons principales généralement fournies pour expliquer l'absence de contrôle « des nécessités de l'information ». V. C. GUERRIER, *op. cit.*, p. 91 et 92, évoquant la position du gouvernement lors de l'adoption de la loi du 10 juillet 1991. *Adde*, J. PRADEL, *op. cit.*, n°9, p. 52.

ne contrevient pas à l'article préliminaire du Code de procédure pénale²²³⁷. Il ne paraît pas pour autant adéquat aux exigences du droit européen. Les juridictions nationales, qui bénéficient d'une certaine marge d'appréciation, doivent offrir à toute personne soumise à une ingérence litigieuse, en l'occurrence les écoutes téléphoniques, un « contrôle efficace » sur la nécessité et la proportionnalité de l'ingérence²²³⁸. Le droit français permet de critiquer la légalité des interceptions et d'obtenir leur annulation en cas d'irrégularité²²³⁹. Mais il n'est pas certain que leur nécessité (et leur proportionnalité) puisse être remise en cause de manière effective²²⁴⁰. Imposé par le juge européen, le « contrôle efficace » se résume à une vérification sommaire des conditions de validité des écoutes en droit interne. Or, il devrait également porter sur leur nécessité pour mériter ce qualificatif.

416. Avec les progrès techniques, l'écoute des conversations a dépassé le cadre des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications. Ainsi la sonorisation est une « opération qui consiste à faire poser un équipement permettant de capter et d'enregistrer, notamment à distance, les conversations ou bruits de toute sorte tenus dans un lieu déterminé »²²⁴¹. Elle a soulevé les mêmes difficultés juridiques que les écoutes téléphoniques. Des solutions similaires lui ont été *mutatis mutandis* apportées. En dépit de l'absence de texte la réglementant, constitue-elle un mode légal de preuve²²⁴² ? Pour valider un tel procédé, la Cour de cassation s'est à nouveau fondée sur les articles 81, 151 et 152 du C.P.P.²²⁴³. Sa jurisprudence est apparue contradictoire sinon ambiguë²²⁴⁴, bien que l'on

²²³⁷ Celui-ci dispose que « les mesures de contraintes dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet sont prises **sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire** ». La décision de recourir aux écoutes téléphoniques est bien prise par un membre de l'autorité judiciaire (le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention selon les articles 706-95, 74-2 et 80-4 du C.P.P.). Les opérations d'interceptions sont aussi placées sous le contrôle effectif du juge (Art. 100, al. 1 *in fine* du C.P.P.). Le principe de subsidiarité des interceptions – conjugué au critère de la gravité de l'infraction – n'est que la traduction fidèle des dispositions de l'article préliminaire précisant que les mesures de contraintes doivent être « strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée (...) ».

²²³⁸ V. CEDH, 6 sept. 1978, *Klass et autres / Allemagne*, n°5029/71, préc., spéc. §50, 54 et 55 ; R. VIENNE, Les écoutes téléphoniques au regard de la Cour européenne des droits de l'homme, Mélanges G. LEVASSEUR, Gazette du Palais-Litec, 1992, p. 263 et s., spéc. n°5 à 7, p. 264 à 266, n°32, p. 285 ; V. aussi, CEDH, 24 août 1998, *Lambert / France*, n°88/1997/872/1084, not. §31 et 40, D., 1999, somm. comm., p. 271, obs. J.-F. RENUCCI ; J.C.P., 1999, I, 105, n°45, obs. F. SUDRE ; Rev. sc. crim., 1998, p. 829, obs. L.-E. PETTITI.

²²³⁹ Mais dès l'adoption de la loi du 10 juillet 1991, il a été souligné que la décision ordonnant les écoutes téléphoniques et les pièces qui lui font suite (procès-verbaux) n'ont guère de chances d'être annulées aux motifs que « les règles légales sont peu nombreuses et peu contraignantes », que « le législateur n'a pas assorti ses dispositions de la mention « à peine de nullité » », enfin que « la jurisprudence veille jalousement au respect de l'article 802 du C.P.P. qui subordonne l'annulation d'actes à la preuve d'un grief » : J. PRADEL, Un exemple de restauration (...), *op. cit.*, n°21, p. 57. La Cour de cassation s'est toujours montrée hostile à l'annulation : V. Cass. crim., 2 oct. 1990, Bull. crim., n°327 (avant cette loi) et Cass. crim., 6 oct. 1999, Bull. crim., n°210, préc. Sa position restrictive, aboutissant à priver la personne poursuivie de tout contrôle sur la régularité de transcriptions d'écoutes réalisées dans des procédures étrangères à la sienne, a d'ailleurs été condamnée par la Cour européenne : V. CEDH, 29 mars 2005, *Matheron / France*, n°57752/00, préc. ; D., 2005, jurispr., p. 1755, note J. PRADEL ; J.C.P., 2005, II, 10091, note L. DI RAIMONDO.

²²⁴⁰ Dans la mesure où le juge d'instruction (ou le juge des libertés et de la détention) apprécie souverainement la nécessité de recourir aux écoutes téléphoniques ; et ce, même si sur le plan des principes, il faut considérer que « comme pour toute mesure coercitive, l'interception de correspondances émises par la voie des télécommunications doit répondre aux conditions de nécessité et proportionnalité, conditions dont la réalité peut être vérifiée, spontanément ou à la demande de la partie concernée, par les juridictions judiciaires » : J. BUISSON, note sous Cass. crim., 13 oct. 1999, Procédures, 2000, comm. n°74 ; F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2253.

²²⁴¹ A. MARON, note sous Cass. crim., 23 nov. 1999 et Cass. crim., 15 fév. 2000, Dr. pénal, 2000, comm. n°82.

²²⁴² G. ACCOMANDO, C. GUERY, La sonorisation : un mode légal de preuve ?, D., 2002, chron., p. 2001 et s.

²²⁴³ A l'instar de ce qu'elle a décidé auparavant pour les écoutes téléphoniques : Cass. crim., 23 nov. 1999, Dr. pénal, 2000, comm. n°82, note A. MARON.

ait pu en dégager les lignes directrices²²⁴⁵. Si la doctrine s'est divisée sur la question de la légalité de la sonorisation²²⁴⁶, la loi du 9 mars 2004 a rendu la discussion obsolète en introduisant les sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules dans le Code de procédure pénale, en ses articles 706-96 et suivants²²⁴⁷. Cette légalisation était indispensable²²⁴⁸. Malgré l'admission de la sonorisation par le juge européen²²⁴⁹, celui-ci a condamné la France au motif que l'ingérence ne se justifiait pas au regard de l'article 8 §2 de la Convention. Les articles 81, 151 et 152 du C.P.P. ne remplissaient pas les exigences de qualité de la loi²²⁵⁰.

417. Dférée au Conseil constitutionnel, la loi du 9 mars 2004 n'a pas été censurée en ce qui concerne les sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules. Dans sa décision du 2 mars 2004²²⁵¹, le Haut conseil estime que la mise en place, sans le consentement des intéressés, de tels dispositifs techniques est justifiée « dès lors que l'autorisation de les utiliser émane de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, et que sont prévues des garanties procédurales appropriées ». Il souligne « qu'en l'espèce, les mesures contestées ne peuvent être mises en œuvre qu'après l'ouverture d'une information et sous réserve que les nécessités de celles-ci le justifient »²²⁵². En vertu de l'article 706-96 du C.P.P., c'est le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention, selon les distinctions établies par ce texte, qui a compétence pour autoriser l'exécution de ces actes coercitifs. Ils ne peuvent être accomplis que dans le cadre d'une instruction pour la recherche des auteurs d'infractions relevant de la criminalité organisée²²⁵³. Il s'agit d'une différence importante

²²⁴⁴ V. Cass. crim., 15 fév. 2000, Dr. pénal, 2000, comm. n°82, note A. MARON ; Procédures, 2000, comm. n°131, note J. BUISSON. Comp. Cass. crim., 12 déc. 2000, Bull. crim., n°369. Il ressort de cet arrêt que par application des articles 81, al. 1^{er} et 151 du C.P.P., le juge d'instruction peut prescrire, par commission rogatoire, l'écoute et l'enregistrement des conversations tenues par la personne mise en examen au parloir de la maison d'arrêt pourvu que ces mesures aient lieu sous son contrôle et dans des conditions ne portant pas atteinte aux droits de la défense. L'interception des conversations ainsi tenues, soumises de droit à la surveillance du personnel pénitentiaire, ne constitue pas une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée, du domicile et de la correspondance au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

²²⁴⁵ A partir d' « une constante procédurale : le cadre d'intervention » (sur commission rogatoire, cadre de l'information) et d' « une incertitude pratique : l'appréciation du caractère de loyauté des preuves » : G. ACCOMANDO, C. GUERY, *op. cit.*, p. 2002 et 2003.

²²⁴⁶ A cet égard, E. VERNY, Des sonorisations et des fixations d'images décidées par le juge d'instruction, R.P.D.P., 2004, p. 777 et s., spéc. p. 778.

²²⁴⁷ Sur ces procédés : E. VERNY, *op. cit.*, p. 781 et s. ; E. VERNY, Des surveillances nouvelles en droit pénal, Mélanges B. BOULOC, Dalloz, 2007, p. 1141 et s., spéc. p. 1144 et 1145.

²²⁴⁸ Tout comme l'était celle des écoutes téléphoniques des détenus qui séjournent en établissement pour peine : V. art. 727-1 du C.P.P., depuis la loi du 5 mars 2007 ; M. HERZOG-EVANS, La loi relative à la prévention (...), *op. cit.*, p. 2177 et 2178.

²²⁴⁹ V. CEDH, 12 mai 2000, *Khan / Royaume-Uni*, n°35394/97, ne condamnant pas en lui-même ce procédé ; CEDH, 5 nov. 2002, *Allan / Royaume-Uni*, n°48539/99, §36, rappelant qu'à l'époque des faits il n'existait aucun système légal régissant l'emploi de dispositifs d'enregistrement secret par la police. Les ingérences n'étaient donc pas prévues par la loi.

²²⁵⁰ CEDH, 31 mai 2005, *Vetter / France*, n°59842/00, §21 à 27 ; D., 2005, jurisp., p. 2575, note P. HENNION-JACQUET ; CEDH, 20 déc. 2005, *Wisse / France*, n°71611/01 ; D., 2006, jurisp., p. 764, note D. ROETS ; A.J. pénal, 2006, p. 128, note J.-P. CERE (enregistrement des conversations tenues au parloir d'une maison d'arrêt). La solution retenue n'est pas sans rappeler les arrêts *Kruslin* et *Huvig* du 24 avril 1990 sur les écoutes téléphoniques. V. O. ECHAPPE, La cour d'assises dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, Mélanges P. LEGER, Pedone, 2006, p. 41 et s., spéc. p. 47 et 48.

²²⁵¹ N°2004-492 DC, préc., cons. 64.

²²⁵² *Ibid.*

²²⁵³ Art. 706-96, al. 1 du C.P.P., se référant *in limine* à l'article 706-73 du C.P.P.

avec les écoutes téléphoniques²²⁵⁴. L'autre différence notable est que le juge d'instruction doit motiver son ordonnance lorsqu'il décide de recourir à ce genre de mesures. Cette garantie singulière ouvre-t-elle un contrôle de la nécessité de la sonorisation et fixation d'images ?

418. Il paraît légitime de le penser. Un recours en annulation demeure possible, en tout cas, comme en matière d'interceptions téléphoniques. Il arrive par exemple que le juge d'instruction (ou le juge des libertés et de la détention) excède ses pouvoirs ou que l'ordonnance ne respecte pas les formes prévues à l'article 706-97 du C.P.P.²²⁵⁵. La Cour de cassation veille au respect de la légalité. Elle procède à une interprétation stricte et satisfaisante des dispositions du Code de procédure pénale²²⁵⁶. Les textes relatifs à la sonorisation et fixation d'images semblent respecter les exigences de nécessité et de proportionnalité²²⁵⁷. Ils restent cependant silencieux s'agissant du contrôle de ces conditions. Les juges doivent vérifier que ces actes coercitifs ont bien été décidés pour les nécessités de l'information, car ils s'avèrent très intrusifs dans la vie privée des individus. Les justiciables doivent alors disposer d'un « contrôle efficace » de ces mesures, ce qui comprend un véritable contrôle de leur nécessité et non pas seulement l'examen de leur légalité.

419. Comme l'ordonnance qui les autorise doit être motivée, le législateur a ménagé la possibilité d'un contrôle réel et effectif : la nécessité de la sonorisation et de la fixation d'images s'apprécie au cas par cas²²⁵⁸. Or, la jurisprudence se montre plutôt décevante à ce sujet. Elle se contente de motivations sommaires et ne recherche pas si l'acte est vraiment justifié par la nécessité. A partir du moment où le magistrat instructeur (ou le juge des libertés et de la détention) motive un tant soit peu sa décision, la légalité est respectée et la procédure jugée valable²²⁵⁹. La vérification opérée n'est donc

²²⁵⁴ Qui, elles, peuvent être accomplies pour des infractions classiques (art. 100 et s. du C.P.P.) ou pour des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 du C.P.P. (art. 706-95 du C.P.P.). On a alors écrit que le législateur français considère peut-être que la « sonorisation porte plus frontalement atteinte à la vie privée que les désormais classiques écoutes téléphoniques et ne peut être justifiée que pour les infractions les plus graves » : D. ROETS, note sous CEDH, 20 déc. 2005, *Wisse / France*, D., 2006, jurispr., spéc. p. 768. *Adde*, E. VERNY, Des sonorisations (...), *op. cit.*, p. 783.

²²⁵⁵ Vu qu'il n'y a pas de nullité prévue par ce texte, il s'agit d'une nullité substantielle, l'individu devant démontrer un grief en application des articles 171 et 802 du C.P.P. pour obtenir l'annulation de l'acte.

²²⁵⁶ Elle n'hésite pas à casser les arrêts de chambres de l'instruction qui rejettent des recours en nullité pourtant fondés, ou au contraire, à valider des annulations prononcées par les juges du fond. V. Cass. crim., 21 mars 2007, Bull. crim., n°89 ; D., 2007, act. jurispr., p. 1204, obs. A. DARSONVILLE ; D., 2007, chron., p. 1817, obs. D. CARON ; Cass. crim., 9 juill. 2008, Bull. crim., n°170 (information ne portant pas sur un crime ou un délit entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 du C.P.P.) ; Cass. crim., 13 fév. 2008, Bull. crim., n°40 (obligation pour le juge d'instruction d'adopter une ordonnance motivée autorisant la sonorisation, mais aussi de délivrer une commission rogatoire spéciale aux O.P.J. désignés ; impossibilité de s'appuyer sur une commission rogatoire antérieure et étrangère à l'opération de sonorisation envisagée) ; Cass. crim., 27 fév. 2008, A.J. pénal, 2008, p. 284, obs. J. LEBLOIS-HAPPE (en l'absence d'ordonnance motivée, l'annulation des opérations de sonorisation est prononcée, car les articles 706-96 et 706-97 du C.P.P. renferment des dispositions impératives).

²²⁵⁷ E. VERNY, *op. cit.*, p. 782 et 786. Cela implique de « très forts soupçons », non « de simples pressentiments ».

²²⁵⁸ V. F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2271.

²²⁵⁹ V. Cass. crim., 1^{er} mars 2006, D., 2006, jurispr., p. 1504, note J. PRADEL. La Cour de cassation valide les opérations de sonorisation dans cette espèce où la motivation existe, mais reste très peu développée ; Cass. crim., 7 juin 2006, Bull. crim., n°157, pour une motivation sommaire de l'ordonnance du juge d'instruction, jugée pourtant suffisante par la Cour de cassation. Or le contrôle de nécessité de la sonorisation n'est pas suffisamment effectif sous ce regard. Pour cela, le juge devrait indiquer – et détailler – les raisons pour lesquelles cette mesure est le meilleur moyen de parvenir à la manifestation de la vérité.

pas pleinement satisfaisante²²⁶⁰. Que ce soit en matière d'écoutes téléphoniques ou de sonorisation, le contrôle de la nécessité de ces actes coercitifs demeure perfectible. Il en va autrement pour d'autres actes de cette catégorie. Un contrôle satisfaisant de leur nécessité est en effet exercé.

B – Un contrôle parfois convenable

420. Il arrive que le juge pénal s'attache à vérifier le caractère nécessaire d'un acte coercitif. Il s'interroge alors sur son opportunité en examinant si son adoption est réellement justifiée en l'espèce. Le contrôle judiciaire, l'assignation à résidence avec surveillance électronique et la détention provisoire (1°), ainsi que les perquisitions dans les entreprises de presse et dans les cabinets d'avocats (2°) apparaissent comme les exemples les plus significatifs de ce type de contrôle.

1°- Le contrôle judiciaire, l'assignation à résidence avec surveillance électronique et la détention provisoire

421. Mesure attentatoire aux libertés individuelles, le contrôle judiciaire ne peut être ordonné à l'encontre du mis en examen qu'en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté²²⁶¹. Si les obligations du contrôle judiciaire se révèlent insuffisantes, celui peut être assigné à résidence avec surveillance électronique²²⁶². Cette règle illustre le principe directeur énoncé à l'article préliminaire (III) du Code de procédure pénale. Dans l'article 137 du C.P.P., la loi n'a pas développé ce qu'elle entend par « nécessités de l'instruction ». Celles-ci peuvent résider en un risque de fuite, de pression sur les témoins ou les victimes, de disparition de preuves²²⁶³... Elles renvoient surtout au souci d'efficacité de l'information. Le juge est tenu de motiver sa décision de placement sous contrôle judiciaire²²⁶⁴. Il doit préciser les circonstances qui, en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, justifient l'adoption de la mesure²²⁶⁵. L'appréciation portée par la juridiction d'instruction sur le caractère nécessaire de cet acte coercitif ou de telle obligation l'assortissant, demeure souveraine²²⁶⁶. La chambre criminelle vérifie seulement l'existence de la motivation. A défaut d'explication, elle censure les décisions qui lui sont déférées²²⁶⁷. Elle ne contrôle donc pas elle-

²²⁶⁰ *Contra*, J. PRADEL, note sous Cass. crim., 1^{er} mars 2006, D., 2006, jurisp., p. 1504, spéc. p. 1507.

²²⁶¹ Art. 137 du C.P.P.

²²⁶² *Ibid.*

²²⁶³ S'agissant de l'expression « mesure de sûreté », elle renvoie plutôt aux mesures d'assistance du délinquant, comme les soins ou sa formation, mais aussi à la protection contre le renouvellement de l'infraction ou le trouble à l'ordre public.

²²⁶⁴ L'exigence de motivation s'impose au juge d'instruction, au juge des libertés et de la détention ainsi qu'à la chambre de l'instruction.

²²⁶⁵ En plus de la motivation sur le principe même du contrôle judiciaire, une motivation complémentaire est parfois indispensable pour certaines obligations particulières du contrôle judiciaire, comme celle tendant à interdire l'exercice d'activités professionnelles ou sociales en relation avec l'infraction.

²²⁶⁶ V. Cass. crim., 5 janv. 1995, Bull. crim., n°5 ; Cass. crim., 16 fév. 2000, Bull. crim., n°71 ; Cass. crim., 26 juill. 2000, Bull. crim., n°260 ; Cass. crim., 19 mars 2002, Bull. crim., n°64.

²²⁶⁷ V. Cass. crim., 8 août 1995, Bull. crim., n°264 ; Cass. crim., 13 fév. 2002, Bull. crim., n°28.

même la nécessité de cet acte coercitif. Mais en examinant la motivation des juridictions d'instruction, elle les oblige à s'expliquer sur une telle nécessité et à exercer dès lors un véritable contrôle à ce sujet.

422. Souvent présentée comme « un mal nécessaire », la détention provisoire entame davantage la liberté d'aller et venir ainsi que la présomption d'innocence²²⁶⁸. L'article 137 du C.P.P. commence par poser le principe de liberté de la personne mise en examen. Le contrôle judiciaire de celle-ci, voire son assignation à résidence avec surveillance électronique en cas d'insuffisance des obligations dudit contrôle, constituent des exceptions. Selon le troisième alinéa du texte précité, si les obligations du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence ne permettent pas d'atteindre les objectifs justifiés par les nécessités de l'information ou à titre de mesure de sûreté, le mis en examen peut être placé, à titre exceptionnel, en détention provisoire. L'incarcération apparaît alors comme « une exception exceptionnelle à une exception à un principe »²²⁶⁹. Or, pendant longtemps, le juge d'instruction a disposé de la libre appréciation de l'opportunité des incarcérations²²⁷⁰. Dès la promulgation du Code de procédure pénale, la détention provisoire a dû se fonder, dans l'esprit du législateur de 1958, uniquement sur les nécessités de l'ordre public²²⁷¹. Il ne faut jamais « substituer à l'idée de nécessité celle de commodité »²²⁷².

423. Ce n'est, en réalité, qu'avec la loi du 17 juillet 1970²²⁷³, énonçant pour la première fois les motifs de placement en détention à l'article 144 du C.P.P., qu'un contrôle de la nécessité de cette mesure apparaît possible. Les critères invoqués par ce texte viennent préciser les objectifs visés à l'article 137 du C.P.P., en particulier les nécessités de l'instruction. Cette réforme entend réduire l'opportunité du juge et, le cas échéant, son arbitraire²²⁷⁴. A cette fin, l'ordonnance de mise ou de maintien en détention doit, en vertu de l'article 145 du C.P.P., être spécialement motivée d'après les éléments de l'espèce par référence aux dispositions de l'article 144. Des réserves ont été émises quant à l'intérêt véritable de la réforme²²⁷⁵. Toutefois la Cour de cassation exerce, depuis lors, un contrôle

²²⁶⁸ V. P. CHAMBON, Le juge d'instruction face au Code de procédure pénale, J.C.P., 1959, I, 1531 bis, spéc. chap. IV, II, où il se montre réticent vis-à-vis de la détention préventive (terminologie antérieure à la loi du 17 juillet 1970), mais concède que « la privation de liberté est absolument nécessaire pour certains inculpés, et nous ne demandons pas l'élargissement de tous » ; P. ROBERT, Un « mal nécessaire » ? La détention provisoire en France, *Dév. et soc.*, 1986, vol. 10, n°1, p. 57 et s. ; Y. STRICKLER, Après la crise de l'affaire d'Outreau : l'émotion et la procédure pénale, Petites affiches, 14 déc. 2006, p. 7 et s., spéc. p. 9.

²²⁶⁹ Y. STRICKLER, *op. cit.*, p. 8.

²²⁷⁰ V. Cass. ch. réunies, 23 fév. 1844, *Rumeau*, D., 1844, I, p. 167, rapp. MESNARD, note MERLIN. Cet arrêt avait posé le principe selon lequel même si l'inculpé offrait de fournir une caution, la juridiction d'instruction pouvait toujours incarcérer en matière correctionnelle.

²²⁷¹ V. A. BESSON, L'origine, l'esprit et la portée (...), *op. cit.*, p. 278.

²²⁷² J. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, t. II, 5^{ème} éd. par A. DESJARDINS, 1886, Paris, Plon, n°2213, p. 507. V. aussi, F. CLERC, La détention préventive en Suisse, *Rev. sc. crim.*, 1975, p. 61 et s., spéc. p. 64.

²²⁷³ Loi n°70-643, D., 1970, légis., p. 199.

²²⁷⁴ V. D. CARON, Contrôle judiciaire et détention provisoire. Détention provisoire, *Jcl. proc. pén.*, art. 137 à 150, fasc. 30, n°11.

²²⁷⁵ V. R. VOUIN, La détention provisoire, *op. cit.*, p. 193 et 196 ; F. CLERC, *op. cit.*, p. 64 et 65. *Contra*, P. CHAMBON, note sous Cass. crim., 19 fév. 1980, D., 1980, jurispr., p. 356, spéc. p. 357, où il indique que la pensée de Faustin HELIE a directement inspiré les rédacteurs de la loi de 1970.

juridictionnel réel sur la motivation des décisions rendues par les juridictions d'instruction en matière de détention provisoire²²⁷⁶. Le lien entre ce contrôle et l'obligation d'une motivation précise est parfois saisissant²²⁷⁷.

424. A l'image du contentieux relatif au contrôle judiciaire, la chambre criminelle ne vérifie pas, dans les faits, la nécessité du placement ou du maintien en détention provisoire. Cette tâche incombe au juge des libertés et de la détention et aux juridictions d'instruction. Ceux-ci doivent examiner concrètement la nécessité de l'acte coercitif, en un mot ils doivent juger de son bien-fondé²²⁷⁸. Selon le droit européen, il faut que cette mesure soit motivée par des faits démontrant son caractère nécessaire²²⁷⁹. De plus, les nécessités de l'instruction disparaissent forcément au fil de l'information²²⁸⁰. Gardien de la liberté individuelle en vertu de l'article 66 de la Constitution, le juge pénal vérifie donc la régularité, mais aussi l'opportunité de la mise ou du maintien en détention²²⁸¹. Cependant, ce contrôle resterait en pratique insuffisant et la mesure perdrait trop souvent son caractère exceptionnel. Les affaires qui heurtent l'opinion publique, telle l'affaire d'Outreau, ne seraient que le reflet de pareille situation²²⁸².

425. Suite à cette affaire d'Outreau précisément, une commission d'enquête parlementaire a été instituée. Dans son rapport²²⁸³, celle-ci a estimé que le juge des libertés et de la détention ne dispose pas des moyens suffisants pour exercer un véritable contrôle sur la légitimité de la détention et pour en apprécier l'opportunité²²⁸⁴. La loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale a alors réécrit l'article 144 du C.P.P.²²⁸⁵ Son objectif principal est, une nouvelle fois, de limiter le recours à la détention provisoire. Elle a donc renforcé l'obligation de motiver le placement et le maintien en détention tout en affinant et en clarifiant les critères de celle-ci²²⁸⁶. Le juge des libertés et de la détention doit démontrer que cette mesure constitue « l'unique moyen » de parvenir à l'un ou

²²⁷⁶ V. Cass. crim., 24 juin 1971, Bull. crim., n°209 ; Cass. crim., 15 juin 1972, Bull. crim., n°207 ; Cass. crim., 19 fév. 1980, D., 1980, jurisp., p. 356, note P. CHAMBON ; Cass. crim., 1^{er} fév. 1983, Bull. crim., n°43 ; Cass. crim., 7 août 1990, Bull. crim., n°296 ; Cass. crim., 30 oct. 1990, D., 1991, jurisp., p. 292, note D. MAYER ; Cass. crim., 2 mars 1994, Bull. crim., n°84 ; Cass. crim., 16 juill. 1997, Bull. crim., n°273 ; D., 1998, somm. comm., p. 170, obs. J. PRADEL.

²²⁷⁷ V. Cass. crim., 25 oct. 1988, Bull. crim., n°362.

²²⁷⁸ Ceci ressort clairement des arrêts de la Cour de cassation. D'ailleurs, lorsque les motifs de la décision du juge des libertés et de la détention (du juge d'instruction avant la loi du 15 juin 2000) sont insuffisants, ceux de l'arrêt de la chambre de l'instruction les remplacent : V. Cass. crim., 21 août 1995, Bull. crim., n°265 ; Cass. crim., 9 mai 2001, Bull. crim., n°110.

²²⁷⁹ V. CEDH, 26 juin 1991, *Letellier / France*, n°12369/86, §51 et 52.

²²⁸⁰ V. CEDH, 31 mai 2005, *Dumont-Maliverg / France*, n°57547/00 et 68591/01, spéc. §70.

²²⁸¹ V. F. DEFFERRARD, *Le suspect (...)*, *op. cit.*, p. 96 et 97.

²²⁸² En ce sens, V. VELASCO, *La liberté individuelle (...)*, *op. cit.*, spéc. p. 218 ; S. CIMAMONTI, *La détention provisoire injustifiée*, Mélanges R. GASSIN, P.U.A.M., 2007, p. 147 et s., spéc. n°8, p. 151, indiquant que « l'affaire d'Outreau – parmi d'autres – a pu révéler le caractère largement formel du contrôle parfois opéré par les chambres de l'instruction ».

²²⁸³ « Au nom du peuple français, juger après Outreau », rapport de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale, n°3125, XII^e législature, juin 2006, p. 261 et s., spéc. p. 271 et 272.

²²⁸⁴ Il statue souvent dans l'urgence, sans avoir le temps de prendre vraiment connaissance du dossier ni de participer à certains actes de procédure susceptibles de l'éclairer (auditions, interrogatoires...), etc.

²²⁸⁵ Après que la loi du 15 juin 2000 l'a déjà réécrit.

²²⁸⁶ V. J. LEBLOIS-HAPPE, *Continuité et discontinuité dans les nouvelles réformes (...)*, *op. cit.*, spéc. n°30 ; M. NORD-WAGNER, *La détention provisoire : un équilibre renforcé ?*, A.J. pénal, 2007, dossier, p. 113 et s.

plusieurs des sept objectifs énoncés de façon limitative par l'article 144 du C.P.P.²²⁸⁷. La détention provisoire se présente comme une mesure coercitive décidée « pour les nécessités de l'instruction » à travers les trois premiers objectifs²²⁸⁸ ; elle forme plutôt une « mesure de sûreté » à travers les quatre derniers, son objet étant de s'assurer du mis en examen, de le protéger ou de protéger la société²²⁸⁹.

426. L'article 137-3 du C.P.P. doit être rapproché de l'article 144. Selon ce texte, lorsque le juge des libertés et de la détention ordonne ou prolonge une détention provisoire ou qu'il rejette une demande de mise en liberté, son ordonnance motivée doit comporter « l'énoncé des considérations de droit et de fait sur le caractère insuffisant des obligations du contrôle judiciaire et le motif de la détention par référence aux seules dispositions des articles 143-1 et 144 (du C.P.P.) ». D'après l'article 144, il faut que la détention constitue « l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs suivants et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique ». Une surmotivation s'avère indispensable en clair²²⁹⁰. L'incarcération du mis en examen ne peut donc avoir lieu que si elle est strictement nécessaire²²⁹¹. Devant être adoptée en ultime recours, elle obéit au principe de subsidiarité²²⁹². La règle demeure encore plus stricte pour les mineurs, puisque ceux-ci ne peuvent subir une telle mesure que dans les cas prévus à l'article 11 de l'ordonnance du 2 février 1945, « à la condition que cette mesure soit indispensable ou qu'il soit impossible de prendre toute autre disposition et à la condition que les obligations du contrôle judiciaire prévues par l'article 10-2 et les obligations de l'assignation à résidence avec surveillance électronique soient insuffisantes ». Ces dispositions sont très claires : la détention provisoire doit être l'ultime recours, elle doit être absolument nécessaire. Comme le juge des libertés et de la détention doit s'en expliquer, cela postule un contrôle minimum de sa nécessité.

427. La loi du 5 mars 2007 a également renforcé le rôle de la chambre de l'instruction relatif au contrôle de la nécessité de la détention provisoire. Il résulte de l'article 221-3 du C.P.P. que cette juridiction doit vérifier, à intervalles réguliers, l'ensemble de la procédure et le placement en

²²⁸⁷ La loi du 5 mars 2007 scinde les trois alinéas existants jusqu'ici dans ce texte et formule sept objectifs distincts correspondant chacun à un motif. Il y a une clarification au plan formel. Par ailleurs, cette loi a retouché le critère du trouble causé à l'ordre public, celui-ci ne pouvant plus justifier l'incarcération du mis en examen qu'en matière criminelle et à condition de ne pas résulter « du seul retentissement médiatique de l'affaire ».

²²⁸⁸ « 1° Conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité ; 2° Empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ; 3° Empêcher une concertation frauduleuse entre la personne mise en examen et ses coauteurs ou complices ».

²²⁸⁹ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2709.

²²⁹⁰ Au regard des éléments précis et circonstanciés de la procédure. Lorsqu'elle apparaît satisfaisante, la Cour de cassation valide la décision de placement ou de maintien en détention : V. par ex., Cass. crim., 18 juin 2013, Bull. crim., n°140. *Adde*, Cass. crim., 7 avril 2010, Bull. crim., n°60 et Cass. crim., 8 avril 2010, Bull. crim., n°61, la chambre de l'instruction s'étant prononcée à une date à laquelle le placement sous surveillance électronique n'était qu'une modalité du contrôle judiciaire et sur l'insuffisance duquel elle s'est expliquée.

²²⁹¹ V. aussi, H. MATSOPOULOU, Le juge des libertés et de la détention : un acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ?, D., 2008, chron., p. 1494 et s., spéc. p. 1496.

²²⁹² A cet égard, C. CARDET, Le principe de subsidiarité de la détention provisoire, Mélanges R. OTTENHOF, Dalloz, 2006, p. 297 et s., not. p. 302, notant que « la liberté se trouve favorisée par le principe de subsidiarité ».

détention. Le législateur a souhaité, de la sorte, qu'elle réexamine de manière effective l'opportunité de la mesure²²⁹³. Pour que la réforme parvienne à son but, l'essentiel reste néanmoins l'interprétation des magistrats et « l'intensité du contrôle qui pèsera sur eux quant à la motivation concrète de leur décision »²²⁹⁴. La Cour de cassation fait preuve de vigilance à cet égard. Elle impose aux chambres de l'instruction de respecter à la lettre les nouvelles dispositions de l'article 144 du C.P.P. et casse les arrêts omettant de préciser que les objectifs fixés ne sauraient être atteints par un placement sous contrôle judiciaire ou une assignation à résidence avec surveillance électronique. Toute décision qui prescrit ou maintient la détention provisoire doit relever l'insuffisance des obligations de ces deux actes²²⁹⁵. Il appartient à la chambre de l'instruction d'examiner le bien-fondé de l'incarcération et de « statuer sur la nécessité de cette mesure, au besoin en substituant aux motifs insuffisants, voire erronés, du premier juge, des motifs répondant aux exigences légales »²²⁹⁶. Exiger cette motivation oblige les juges du fond à s'interroger sur le bien-fondé d'un tel acte coercitif. Ceux-ci doivent l'ordonner uniquement lorsqu'il apparaît bien nécessaire²²⁹⁷. En définitive, sa nécessité fait l'objet d'un contrôle convenable. C'est, semble-t-il, encore le cas pour certaines perquisitions.

2°- Les perquisitions dans les entreprises de presse et les cabinets d'avocats

428. Comme tout acte coercitif, une perquisition doit demeurer nécessaire et proportionnée à peine de nullité. Tant dans le cadre d'une enquête de police que d'une information, la nécessité des perquisitions opérées au domicile des particuliers ne semble pas suffisamment vérifiée. Les autorités publiques jouissent d'un pouvoir discrétionnaire pour les décider. L'opportunité d'accomplir ces actes échappe alors souvent à tout contrôle juridictionnel²²⁹⁸. Toutefois, il en va différemment pour les perquisitions menées dans les locaux d'une entreprise de presse et, plus généralement, liées à l'activité professionnelle d'un journaliste, organisées à l'article 56-2 du C.P.P.²²⁹⁹. Les dispositions de ce texte ont été modifiées par la loi n°2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources

²²⁹³ Sur ce point, H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, p. 1497.

²²⁹⁴ M. NORD-WAGNER, La détention provisoire : un équilibre renforcé ?, *op. cit.*, p. 114.

²²⁹⁵ Pour le contrôle judiciaire : V. Cass. crim., 26 fév. 2008, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 228, note M. NORD-WAGNER, étendant l'obligation de double motivation à l'ensemble des décisions relatives à la détention provisoire, peu importe le stade de la procédure ; Cass. crim., 18 juin 2008, D., 2008, act. jurisp., p. 2147, obs. M. LENA ; Cass. crim., 16 fév. 2010, Bull. crim., n°28. Pour l'assignation à résidence : V. Cass. crim., 18 août 2010, Bull. crim., n°123 ; Cass. crim., 18 août 2010, Bull. crim., n°124 ; Cass. crim., 12 oct. 2010, Bull. crim., n°155 ; D., 2011, pan., p. 2235, obs. J. PRADEL ; Cass. crim., 13 oct. 2010, Bull. crim., n°161.

²²⁹⁶ Cass. crim., 19 janv. 2010, Bull. crim., n°8 ; Cass. crim., 2 fév. 2011, Bull. crim., n°19. Rapp., pour la même formulation : Cass. crim., 13 nov. 2012, Bull. crim., n°244, s'agissant d'une cour d'appel ordonnant le placement en détention provisoire, après annulation du jugement d'un tribunal correctionnel ayant décidé du renvoi de l'affaire à une audience ultérieure dans le cadre d'une comparution immédiate.

²²⁹⁷ En ce sens déjà, D. MAYER, note sous Cass. crim., 30 oct. 1990, D., 1991, jurisp., p. 292.

²²⁹⁸ V. Cass. crim., 21 janv. 1985, Bull. crim., n°31, où la chambre d'accusation n'a pas vérifié la nécessité des visites domiciliaires effectuées et la chambre criminelle se contente de paraphraser l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette attitude est révélatrice de l'absence de contrôle ; V. aussi, Cass. crim., 27 janv. 1987, Bull. crim., n°41. L'arrêt donne l'impression que la nécessité est en l'espèce évidente. Cette nécessité « implicite » permet ainsi au juge pénal d'esquiver son contrôle.

²²⁹⁹ Les prescriptions de ce texte s'appliquent à l'enquête de flagrance, à l'enquête préliminaire (V. Circulaire du 1^{er} mars 1993, C. 56-2 *in fine*) et à l'instruction (V. art. 96, al. 4 du C.P.P., procédant à un renvoi).

des journalistes²³⁰⁰. Elle les a rapprochées de celles régissant les perquisitions au cabinet ou au domicile d'un avocat, ce qui justifie de les étudier ensemble. Les garanties légales ont été étendues et s'appliquent dès lors que « les investigations sont liées à l'activité professionnelle du journaliste », c'est-à-dire dans les locaux d'une entreprise de presse, de communication audiovisuelle ou de communication au public en ligne, d'une agence de presse, mais aussi dans les véhicules professionnels de ces entreprises ou agences ou au domicile d'un journaliste. Seul un magistrat se voit autorisé à accomplir une perquisition dans de tels lieux²³⁰¹.

429. Pareille mesure suppose une décision écrite et motivée de la part du magistrat qui l'exécute. Sa décision mentionne la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, ainsi que les raisons justifiant la perquisition et son objet. Exiger l'indication des motifs de l'acte coercitif permet de contrôler sa nécessité : celui-ci doit se révéler véritablement nécessaire et non simplement opportun. Dès le début de l'opération, ces éléments sont portés à la connaissance de la personne présente en application de l'article 57 du C.P.P.²³⁰². Le magistrat qui mène la perquisition « veille à ce que les investigations conduites respectent le libre exercice de la profession de journaliste, ne portent pas atteinte au secret des sources en violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et ne constituent pas un obstacle ou n'entraînent pas un retard injustifié à la diffusion de l'information »²³⁰³. Bien avant l'adoption de la loi du 4 janvier 2010, la Cour de cassation a ajouté une condition aux exigences posées par l'article 56-2 du C.P.P. Dans un arrêt rendu le 5 décembre 2000, elle a imposé qu'une perquisition de ce genre revête un caractère nécessaire et proportionné au regard des limites qu'elle entraîne pour la liberté d'expression, protégée par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²³⁰⁴. Ce contrôle permet de s'assurer de l'effectivité de l'article préliminaire du Code de procédure pénale, même s'il semble instituer une disparité de régime entre les perquisitions diligentées chez les particuliers et celles attachées à l'activité professionnelle de journaliste. L'ajout de cette exigence prétorienne prend un sens particulier : le respect des seules formes édictées par l'article 56-2 du C.P.P. ne rend pas *ipso facto* la mesure régulière²³⁰⁵.

²³⁰⁰ Loi n°2010-1 du 4 janv. 2010, J.O. du 5 janv. 2010, p. 272 ; Procédures, 2010, comm. n°45, note J. BUISSON ; E. DERIEUX, Secret des sources des journalistes. A propos de la loi du 4 janvier 2010, J.C.P., 2010, aperçu rap., 40 ; A. CHAVAGNON, La protection des sources des journalistes : la décevante loi n°2010-1 du 4 janvier 2010, D., 2010, p. 275 et s. ; J. BOSSAN, La protection du secret des sources des journalistes en procédure pénale, Dr. pénal, 2010, Etude n°14 ; P. AUVRET, Commentaire de la loi n°2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes, Comm. com. électr., 2010, Etude n°8.

²³⁰¹ Art. 56-2, al. 1 du C.P.P.

²³⁰² Art. 56-2, al. 2 du C.P.P.

²³⁰³ Art. 56-2, al. 5 du C.P.P.

²³⁰⁴ Cass. crim., 5 déc. 2000, J.C.P., 2001, II, 10615, note P. CONTE. En l'espèce, la chambre de l'instruction juge les perquisitions régulières, notamment par rapport à l'article 10 de la Convention. La chambre criminelle a estimé ces opérations valables, dans la mesure où l'identification des auteurs de l'article et des photographies litigieuses répondait aux conditions de nécessité et de proportionnalité.

²³⁰⁵ V. P. CONTE, note sous Cass. crim., 5 déc. 2000, J.C.P., 2001, II, 10615, n°3.

430. La nécessité et la proportionnalité d'une perquisition s'analysent en outre *in concreto*. Chaque mesure devient un cas spécifique, apprécié selon les données propres à l'espèce (gravité de l'infraction, autres preuves figurant déjà au dossier, etc)²³⁰⁶. Imitant la jurisprudence européenne qui juge au cas par cas, cette jurisprudence pose un problème de sécurité juridique et de prévisibilité : la loi n'est désormais plus suffisante pour savoir si une perquisition effectuée au sein d'une entreprise de presse est valide ou non²³⁰⁷. La Cour de cassation a confirmé cette solution. Il résulte d'un arrêt du 30 octobre 2006 que les perquisitions dans les entreprises de presse doivent être nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi²³⁰⁸. La chambre criminelle considère, en l'espèce, que les juges du fond ont justifié leur décision au regard de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ils se sont bien expliqués sur le caractère subsidiaire des perquisitions²³⁰⁹. Selon elle, l'exécution d'actes d'instruction postérieurs aux perquisitions contestées n'ôte pas à celles-ci leur caractère indispensable au moment où elles ont été diligentées. Elle ajoute que « la nécessité et la proportionnalité d'un acte sont indépendantes de son résultat ». Un contrôle réel de la nécessité de ces actes coercitifs est ainsi exercé par la chambre de l'instruction et lorsque tel n'est pas le cas, la Cour de cassation opère sa censure²³¹⁰. Voilà le genre de motivation que l'on est en droit d'attendre de la part du juge pénal²³¹¹. La Cour européenne des droits de l'homme se montre d'ailleurs très stricte à ce sujet. Elle vérifie le caractère subsidiaire de telles perquisitions et si tel n'est pas le cas, elle condamne l'Etat en cause²³¹².

²³⁰⁶ *Ibid.*

²³⁰⁷ P. CONTE, note préc., n°3 et 4 : « Il faudra encore que les enquêteurs se livrent eux-mêmes à l'évaluation de la nécessité et de la proportionnalité de leurs investigations par rapport à la liberté de la presse et sachent deviner, ainsi, l'opinion qui serait celle des juges s'ils étaient saisis d'une demande d'annulation, avec toute la part d'indécision irréductible qui s'attache à une pareille estimation ». Adde, A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve, op. cit.*, n°601, p. 516.

²³⁰⁸ Cass. crim., 30 oct. 2006, Bull. crim., n°258 ; Dr. pénal, 2007, comm. n°13, note A. MARON.

²³⁰⁹ Il faut reconnaître que la motivation de la décision de la chambre de l'instruction était remarquable. Celle-ci avait affirmé que « l'ensemble de ces investigations (...) n'avait pas permis de réunir d'éléments suffisants de nature à constituer, à ce niveau de l'instruction, des indices graves ou concordants permettant des mises en examen des personnes ayant violé le secret de l'instruction et ultérieurement des charges permettant le renvoi devant la juridiction correctionnelle ; qu'ainsi, des recherches au sein des organes de presse ayant publié les informations violant le secret de l'instruction devenaient **la seule mesure utile à la manifestation de la vérité** ». La Cour européenne a pourtant retenu une violation de la liberté d'expression des journalistes : CEDH, 28 juin 2012, *Ressiot et autres / France*, n°15054/07 et 15066/07 ; Procédures, 2012, comm. n°257, note J. BUISSON ; Rev. sc. crim., 2012, p. 603, obs. J. FRANCILLON. Pour une motivation convenable de la chambre de l'instruction, V. aussi : Cass. crim., 4 déc. 2007, Inédit, n°07-86086 ; Procédures, 2008, comm. n°59, note J. BUISSON ; R.P.D.P., 2009, p. 192, obs. J. BUISSON. Là encore, pour le juge de Strasbourg, le gouvernement français n'a pas réussi à démontrer « que la balance des intérêts en présence, à savoir, d'une part, la protection des sources et, d'autre part, la prévention et la répression d'infractions, a été préservée » : CEDH, 12 avril 2012, *Martin et autres / France*, n°30002/08, §86 à 88 ; Rev. sc. crim., 2012, p. 603, obs. J. FRANCILLON.

²³¹⁰ V. récemment : Cass. crim., 25 fév. 2014, Bull. crim., n°54 ; Procédures, 2014, comm. n°126, obs. J. BUISSON ; Rev. sc. crim., 2014, p. 369, obs. X. SALVAT : « Mais attendu qu'en se déterminant ainsi par ces seuls motifs, sans démontrer que les ingérences litigieuses procédaient d'un impératif prépondérant d'intérêt public, et que d'autres mesures que la perquisition et les saisies opérées au domicile de l'intéressé auraient été insuffisantes pour rechercher l'existence d'une éventuelle violation du secret professionnel, et en identifier les auteurs, la chambre de l'instruction n'a pas justifié sa décision ».

²³¹¹ Lorsqu'une perquisition est menée sur le fondement de l'article L. 450-4 du Code de commerce et même si elle doit se dérouler dans les locaux d'une entreprise de presse, le juge des libertés et de la détention, ou le premier président de la cour d'appel saisi par voie d'appel, ne doit pas ajouter des conditions à la loi, notamment l'exigence de proportionnalité : Cass. crim., 11 janv. 2012, Bull. crim., n°8.

²³¹² V. CEDH, 25 fév. 2003, *Ræmen et Schmit / Luxembourg*, n°51772/99 ; D., 2003, somm. comm., p. 2271, obs. N. FRICERO. Procédant à une appréciation *in concreto*, le juge européen relève que la recherche des auteurs éventuels d'une violation du secret professionnel aurait pu être opérée par des mesures différentes, tels des interrogatoires des intéressés. Le principe de subsidiarité n'a donc pas été respecté (§56). Les perquisitions ont conféré de très larges pouvoirs aux enquêteurs

431. La perquisition opérée au cabinet ou au domicile d'un avocat suppose également d'être nécessaire et proportionnée au but légitime visé. Elle est très encadrée, car il convient de respecter le secret professionnel et de sauvegarder les droits de la défense²³¹³. Aux termes de l'article 56-1 du C.P.P.²³¹⁴, seul un magistrat peut y procéder en présence du bâtonnier ou de son délégué. Il doit prendre une décision écrite et motivée indiquant la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci. En imposant, là encore, au magistrat d'indiquer les motifs pour lesquels l'acte coercitif doit être accompli, la loi exige de l'autorité judiciaire²³¹⁵ un contrôle effectif de la nécessité de l'acte²³¹⁶. Dès le début de la perquisition, il avertit le bâtonnier (ou son délégué) du contenu de cette décision. Le magistrat et le bâtonnier ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents ou des objets se trouvant sur les lieux avant leur éventuelle saisie. Aucune saisie ne peut concerner des documents ou objets relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision précitée²³¹⁷.

432. Mais surtout, le bâtonnier peut s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet à laquelle le magistrat veut procéder s'il considère cet acte irrégulier. Le document ou l'objet litigieux est alors placé sous scellé fermé. Un procès-verbal distinct, non joint à la procédure, qui mentionne les objections du bâtonnier, est dressé. Ce procès-verbal ainsi que le document ou l'objet placé sous scellé fermé sont transmis sans délai au juge des libertés et de la détention avec l'original ou une copie du dossier de la procédure²³¹⁸. Ce juge statue sur la contestation, dans les cinq jours de la réception de ces pièces, par ordonnance motivée insusceptible de recours²³¹⁹. A cette fin, il entend le magistrat qui a diligenté la perquisition et, le cas échéant, le procureur de la République, ainsi que l'avocat au cabinet duquel elle a été effectuée et le bâtonnier ou son délégué. Il peut ouvrir le scellé en présence de ces personnes. Il a le droit de s'opposer à la restitution des documents ou objets saisis dès lors que leur

en leur donnant accès à toute la documentation du journaliste (§57). Aussi, les motifs des perquisitions étaient « pertinents », mais non « suffisants » (§59) ; CEDH, 28 juin 2012, *Ressiot et autres / France*, préc., spéc. §121 à 127 (absence de nécessité et de proportionnalité des perquisitions opérées ; violation de l'article 10 de la Convention).

²³¹³ V. justement, art. 56-1, al. 2 du C.P.P. Sur le lien entre secret professionnel et droits de la défense : K. HAERI, O. METZNER, T. REVET, *Le secret et les avocats*, in *Le secret et les professionnels*, R.D.A., n°4, 2011, p. 69 et s.

²³¹⁴ Ce texte a été réformé plusieurs fois, notamment par les lois du 15 juin 2000, 12 décembre 2005 et 4 janvier 2010. La chambre criminelle a refusé de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel relative à l'article 56-1 du C.P.P., dans sa rédaction antérieure à la loi du 4 janvier 2010. Elle a considéré que la question posée ne présente pas de caractère sérieux dès lors que la disposition contestée aménage « des garanties de procédure sauvegardant le libre exercice de la profession d'avocat » : Cass. crim., 3 avril 2013, Bull. crim., n°75 ; D., 2013, p. 1005.

²³¹⁵ Le parquet lors de l'enquête de police, le juge d'instruction au cours d'une information et la chambre de l'instruction en cas de requête en annulation.

²³¹⁶ V. Cass. crim., 25 juin 2013, Bull. crim., n°155 ; A.J. pénal, 2013, jurispr., p. 539, obs. L. BELFANTI ; Procédures, 2013, comm. n°260, note (approbative) A.-S. CHAVENT-LECLERE, approuvant la chambre de l'instruction d'avoir relevé que le juge d'instruction a énuméré de manière très détaillée et précise la nature des infractions sur lesquelles portent les investigations ainsi que les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci.

²³¹⁷ Art. 56-1, al. 1 ajoutant *in fine* que les dispositions de cet alinéa sont édictées à peine de nullité ; Cass. crim., 25 juin 2013, préc., prononçant la cassation sur ce point. Sur le contrôle exercé par la chambre de l'instruction sur le versement de certaines pièces saisies, L. BELFANTI, obs. sur cet arrêt, A.J. pénal, 2013, jurispr., not. p. 540 et 541.

²³¹⁸ Art. 56-1, al. 3 du C.P.P.

²³¹⁹ Les ordonnances rendues par le juge des libertés et de la détention sur le fondement de l'article 56-1 du C.P.P. sont susceptibles de pourvoi en cassation, mais uniquement lorsqu'elles sont entachées d'excès de pouvoir : V. Cass. crim., 22 juin 2005, Dr. pénal, 2005, comm. n°166, note A. MARON.

maintien sous main de justice en vue de déterminer l'existence d'infractions pénales est nécessaire à la manifestation de la vérité et qu'il ne porte pas atteinte aux droits de la défense²³²⁰. Le juge des libertés et de la détention ordonne, à l'inverse, leur restitution immédiate et la destruction du procès-verbal des opérations lorsqu'il estime leur saisie injustifiée²³²¹.

433. Cette procédure dite du « référé-confidentialité » l'oblige à vérifier la nécessité et la proportionnalité de la saisie au regard du libre exercice de la profession d'avocat, du respect du secret professionnel et des droits de la défense²³²². La nécessité de la perquisition, mais également celle de la saisie subséquente de documents ou d'objets, font donc l'objet d'un contrôle réel lorsqu'elles sont pratiquées au sein d'un cabinet d'avocat. La chambre criminelle valide toutefois largement la saisie de documents couverts par le secret professionnel du fait qu'ils apparaissent nécessaires à « la manifestation de la vérité »²³²³, en particulier lorsqu'il s'agit d'établir la participation de l'avocat à une infraction. Ce contrôle semble néanmoins conforme aux exigences de la Cour de Strasbourg. Vigilante, celle-ci contrôle la nécessité de la mesure litigieuse. Elle conclut souvent à la disproportion de l'ingérence sur le fondement de l'article 8 de la Convention²³²⁴.

434. Ces quelques exemples ne sauraient occulter le fait que dans de nombreuses situations, la nécessité de l'acte coercitif n'est pas suffisamment vérifiée en procédure pénale. Pour bon nombre de ces actes, le contrôle juridictionnel apparaît sinon inexistant, du moins assez faible. Les autorités publiques bénéficient en général d'un pouvoir discrétionnaire afin d'apprécier l'opportunité d'exécuter des mesures de cette nature. La faiblesse de ce contrôle de nécessité fait écho à l'insuffisance du contrôle de l'urgence, espèce particulière de nécessité. En effet, l'urgence n'est pas toujours examinée

²³²⁰ V. Cass. crim., 30 juin 1999, J.C.P., 1999, II, 10177, note R. MARTIN. La solution est fondée sur les articles 97 et 99 du C.P.P. et 8 de la Convention. Le juge des libertés et de la détention n'existant pas encore en 1999 (institué par la loi du 15 juin 2000), c'était le juge d'instruction qui pouvait s'opposer à la restitution des documents ; V. Cass. crim., 1^{er} mars 2006, Bull. crim., n°60 ; A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 304, note P. REMILLIEUX. Le scellé et le procès-verbal sont alors versés au dossier de la procédure.

²³²¹ Art. 56-1, al. 6 du C.P.P. Il prescrit encore la cancellation de toute référence à ce document, à son contenu ou à cet objet qui figurerait dans le dossier de la procédure. Quoi qu'il en soit, il appartient au juge des libertés et de la détention de prendre personnellement connaissance des documents ou objets saisis pour se décider s'ils doivent être restitués ou versés dans le dossier de la procédure. Une délégation au juge d'instruction n'est pas possible en la matière : Cass. crim., 25 juin 2013, préc. (cassation sur ce point également). Cet arrêt est bienvenu. Il en résulte qu'« il revient au juge qui anéantit le droit d'opposition du bâtonnier de garantir, en somme, ce qu'il reste du libre exercice de la profession d'avocat, "fût-ce en recourant lui-même à la mesure technique envisagée" propre à différencier les saisies en lien avec la procédure de celles qui ne le sont pas » : A.-S. CHAVENT-LECLERE, note sous Cass. crim., 25 juin 2013, Procédures, 2013, comm. n°260.

²³²² V. Cass. crim., 8 août 2007, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 492, obs. C. SAAS. La saisie litigieuse peut porter sur des données informatiques. Celles-ci entrent dans la notion de documents figurant à l'article 56-1 du C.P.P.

²³²³ V. par ex., Cass. crim., 30 juin 1999, préc. ; Cass. crim., 1^{er} mars 2006, préc. D'aucuns dénoncent pareille position : V. R. MARTIN, note sous Cass. crim., 30 juin 1999, J.C.P., 1999, II, 10177, spéc. n°10.

²³²⁴ Que la perquisition s'accompagne de garanties spéciales de procédure ou non : V. CEDH, 16 déc. 1992, *Niemietz / Allemagne*, n°13710/88, not. §37 ; D., 1993, somm., p. 386, obs. J.-F. RENUCCI. L'arrêt juge par ailleurs que le cabinet d'un avocat s'analyse comme un domicile au sens de l'article 8 (§30) ; CEDH, 25 fév. 2003, *Ræmen et Schmit / Luxembourg*, préc., §69 à 72. Le contrôle très strict exercé par la Cour européenne s'explique par le souci de garantir le secret professionnel dont l'avocat est le dépositaire. Sur ce point : F. KRENC, F. TULKENS, *L'avocat et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *L'avocat, Liber amicorum* Georges-Albert DAL, Larcier, 2014, p. 543 et s., not. n°6, p. 546 et 547.

de manière concrète en procédure pénale²³²⁵. Si pareille position emporte l'incompréhension de la doctrine²³²⁶, l'idée a parfois été émise d'instaurer un contrôle *a posteriori* de cette condition par le juge pénal²³²⁷. Quoi qu'il en soit, il faut s'interroger sur les raisons qui président à l'insuffisance du contrôle exercé sur la nécessité de l'acte coercitif. Celle-ci semble d'abord liée à la réalité de la motivation de l'acte. Plus son auteur explique les motifs pour lesquels l'acte est accompli, plus le juge sera en mesure de vérifier son opportunité, autrement dit son bien-fondé. D'un point de vue pratique, on comprend les raisons pour lesquelles mieux vaut ne pas trop développer ce contrôle de nécessité. Celui-ci introduit un risque supplémentaire d'annulation d'actes, ceux jugés non nécessaires, voire de procédures. Le danger d'une multiplication des recours, avec le risque de submerger les juridictions pénales, ne doit pas non plus être écarté. Or, celles-ci doivent déjà faire face à un contentieux abondant. A moins de doter la justice de moyens supplémentaires conséquents, il y a donc lieu de penser qu'elle ne parviendrait pas à maîtriser ce nouveau flux de recours et qu'elle serait vite engorgée²³²⁸.

435. Au fond, cette latitude d'action dont bénéficient les autorités publiques leur est accordée dans un but d'efficacité et de sécurité juridique. Mais sur un plan théorique, la faiblesse du contrôle de la nécessité des actes attentatoires aux libertés individuelles s'explique mal. Elle apparaît regrettable, et même contestable, à l'aune des dispositions de l'article préliminaire du Code de procédure pénale et du « contrôle efficace » devant être effectué sur ce genre d'actes, comme l'impose la Cour européenne des droits de l'homme. Une évolution se fait néanmoins jour. La lecture des arrêts de la chambre criminelle révèle que les juges du fond motivent de plus en plus le recours à telle ou telle mesure coercitive. Ceux-ci semblent contrôler davantage que par le passé leur nécessité. Si la nécessité constitue, en définitive, le fondement de tout acte coercitif, encore faut-il savoir à quelles fins il se trouve adopté. Car dire que cet acte peut être pris s'il est nécessaire, « c'est ne rien dire du tout si l'on indique pas les buts en vue desquels la mesure doit être utile, opportune ou nécessaire »²³²⁹.

²³²⁵ Parfois, les juges du fond vérifient réellement l'existence de l'urgence : V. par ex., Cass. crim., 30 juin 1999, Bull. crim., n°176. Mais d'autres fois, ils n'exercent aucun contrôle et se contentent de valider la décision prise par l'autorité concernée : Cass. crim., 27 oct. 1986, Bull. crim., n°305. Il arrive à la Cour de cassation d'entériner cette absence de contrôle : V. Cass. crim., 27 oct. 1986, préc. Elle laisse en tout cas les juges du fond apprécier de manière souveraine l'existence de l'urgence : Cass. crim., 18 juill. 1989, Bull. crim., n°290 ; Cass. crim., 9 oct. 1990, Bull. crim., n°336. Elle se réfère à cette appréciation en renvoyant au contrôle exercé par la chambre de l'instruction sur l'urgence : V. Cass. crim., 2 mai 2002, Inédit, n°01-88453. Dans la mesure où l'urgence est traditionnellement regardée comme une notion de fait, à l'image de la nécessité dont elle ne constitue qu'une sous-catégorie, la Cour de cassation refuse de vérifier elle-même sa réalité. Elle doit en revanche contrôler la motivation des décisions des juges du fond sur ce point. Sur la question : M. NORD-WAGNER, L'urgence en procédure pénale, Thèse préc., n°230 à 237, p. 189 à 195. *Adde*, P. JESTAZ, L'urgence et les principes classiques du droit civil, *op. cit.*, n°11, p. 9 et 10 et n°298 et s., p. 254 et s., pour qui l'urgence est une notion de droit, non une notion de fait.

²³²⁶ V. M. NORD-WAGNER, L'urgence en procédure pénale, art. préc., spéc. p. 272.

²³²⁷ V. La mise en état des affaires pénales. Rapport de la commission Justice pénale et droits de l'homme, *op. cit.*, p. 167 et spéc. p. 168.

²³²⁸ Il y a tout lieu de croire que ces recours seraient très nombreux, les actes coercitifs étant variés et présents dans la quasi-totalité des procédures pénales.

²³²⁹ R. PALLARD, L'exception de nécessité en droit civil, *op. cit.*, n°63, p. 103 et 104.

Section II – La finalité partagée de l’acte coercitif

436. Identifiable, la fonction de cet acte l’est assurément. Celui-ci permet d’assurer l’efficacité²³³⁰ de la procédure pénale face au trouble à l’ordre public²³³¹. Une telle finalité, somme toute assez générale, ne lui appartient pas de façon exclusive. D’autres actes et certains principes d’organisation de la justice pénale la poursuivent également. Au regard de l’acte coercitif, le partage de la fonction d’efficacité demeure ainsi extrinsèque (§2). Fonction globale, la quête d’efficacité de la justice pénale en réaction au trouble à l’ordre public, se décline en outre en finalités intermédiaires. Ce partage apparaît clairement avec l’acte coercitif. Il s’agit, cette fois, du partage intrinsèque de la fonction d’efficacité (§1).

§1 – Le partage intrinsèque de la fonction d’efficacité

437. Face au trouble à l’ordre public résultant de l’infraction, le souci d’efficacité de la procédure pénale conduit les autorités publiques à accomplir des actes coercitifs. Malgré leur diversité, ces actes tendent tous à atteindre un tel but. Ils semblent néanmoins posséder des fonctions intermédiaires différentes. Ils intéressent parfois la recherche et l’administration de la preuve. Ils servent encore à conserver des éléments, à figer les choses et même à anticiper les décisions définitives. Enfin, ils permettent la réalisation du droit, en particulier lorsqu’ils sanctionnent l’irrespect ou l’inexécution d’obligations imposées par la justice pénale. A côté de l’acte coercitif probatoire (A), se dessinent un acte coercitif provisoire et conservatoire (B) ainsi qu’un acte coercitif sanctionnateur (C). Ces

²³³⁰ Sur la distinction entre l’efficacité et l’effectivité : P. CONTE, « Effectivité », « inefficacité », « sous-effectivité », « surefficacité »... : variations pour droit pénal, Etudes offertes à P. CATALA, Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Litec, Paris, 2001, p. 125 et s., not. n°7, p. 128 ; E. VERGES, La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire, *op. cit.*, p. 137, note n°768 ; F. TERRE, Rapport de synthèse, in L’effectivité des décisions de justice, Travaux de l’association H. CAPITANT, t. 36, 1985, Economica, 1987, p. 7 et s. Sur le lien entre efficacité et coercition en procédure pénale : G. FOURNIER, L’acte policier judiciaire, *op. cit.*, n°195, p. 422 ; E. VERGES, *op. cit.*, n°296, p. 298.

²³³¹ Comp., J. BUISSON, Contrôles et vérifications d’identité. Contrôles d’identité, *op. cit.*, n°72, pour qui la coercition est « finalisée par la sauvegarde de l’ordre public défini par le droit positif » et « n’est autorisée que dans la mesure où elle s’avère nécessaire à la réalisation d’une telle finalité » ; P. LE MONNIER DE GOUVILLE, De l’usage du standard en procédure pénale, *op. cit.*, p. 55. Il ne paraît pas utile de développer ici la notion d’ordre public, la doctrine lui ayant consacré de nombreuses études. V. par ex., L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, L’ordre public en droit privé interne, Etudes de droit civil à la mémoire de H. CAPITANT, Dalloz, Paris, 1939, p. 381 et s. ; E. PICARD, La notion de police administrative, *op. cit.*, spéc. n°290 et s., p. 533 et s. ; A. PLANTEY, Définition et principes de l’ordre public, in L’ordre public, P.U.F., coll. Politique d’aujourd’hui, 1996, R. POLIN (dir.), p. 27 et s. ; S. CIMAMONTI, L’ordre public et le droit pénal, in L’ordre public à la fin du XXème siècle, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, T. REVET (dir.), p. 89 et s. ; P. CATALA, A propos de l’ordre public, Mélanges P. DRAI, Dalloz, 2000 p. 511 et s. ; P. CONTE, Remarques sur la conception contemporaine de l’ordre public pénal, Etudes offertes à J. BEGUIN, Droit et actualité, Litec, 2005, p. 141 et s. Sur le trouble à l’ordre public comme critère de placement en détention provisoire (art. 144, 7° du C.P.P.), V. M. ROMNICIANU, Détention provisoire et ordre public, J.C.P., 1975, I, 2744 ; P. CHAMBON, note sous Cass. crim., 19 fév. 1980, préc. ; P. CHAMBON, La loi n°87-1062 du 30 décembre 1987 relative aux garanties individuelles en matière de placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire et portant modification du Code de procédure pénale : réflexions sur la législation ; analyse et appréciation de la loi, J.C.P., 1988, I, 3335, spéc. n°45 ; P. CHAMBON, La loi n°89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le Code de procédure pénale et relative à la détention provisoire, J.C.P., 1989, I, 3417, spéc. n°16 et n°48 à 51. Selon la jurisprudence, la préservation de l’ordre public doit être motivée au regard des éléments de l’espèce : Cass. crim., 7 août 1990, Bull. crim., n°296. Elle a encore estimé que le trouble à l’ordre public doit se différencier du trouble occasionné à la victime : V. CA Douai (ch. acc.), 17 juin 1997, D., 1997, jurisp., p. 593, note C. GUERY.

catégories ne sont toutefois pas étanches, certains actes coercitifs pouvant relever de deux catégories distinctes.

A – L'acte coercitif probatoire

438. La recherche active des preuves d'une infraction implique d'effectuer des investigations approfondies. Celles-ci vont favoriser la découverte de la vérité. L'acte coercitif s'analyse alors comme un acte d'investigation indispensable à la manifestation de la vérité (1°). Il constitue d'ailleurs un acte indispensable quel que soit le modèle de procédure (2°).

1° - Un acte d'investigation indispensable à la manifestation de la vérité

439. La procédure pénale « tout entière gravite autour du problème de la preuve »²³³². C'est au ministère public (l'accusation) que revient à titre principal la charge de la preuve²³³³ en raison de la présomption d'innocence dont bénéficie la personne suspectée ou poursuivie²³³⁴. Aux termes de l'article 427 du C.P.P., le principe est celui de la liberté de la preuve²³³⁵. Il signifie que tous les modes de preuves peuvent être utilisés à condition d'être conformes à la loi²³³⁶. Ce principe serait institué afin de faciliter l'établissement de la vérité dans le procès pénal²³³⁷. Cet attachement presque « obsessionnel »²³³⁸ de la procédure pénale à la manifestation de la vérité, s'explique par la gravité de l'enjeu²³³⁹. S'il apparaît nécessaire de rétablir au plus vite l'ordre public troublé par l'infraction et de convaincre les auteurs, de graves atteintes sont portées à la liberté, au patrimoine et à l'honneur des

²³³² R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. II, *op. cit.*, n°140.

²³³³ Mais il n'a pas le monopole dans la recherche de la preuve. Le juge d'instruction instruit en effet à charge et à décharge, le juge du siège possède parfois des pouvoirs en ce domaine (art. 310, al. 1 du C.P.P.), enfin les parties privées peuvent encore rechercher et administrer les preuves qu'elles ont pu recueillir, fût-ce au prix de manœuvres déloyales, voire d'une infraction pénale : C. AMBROISE-CASTEROT, *Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité*, A.J. pénal, 2005, dossier, p. 261 et s., spéc. p. 261 et 262.

²³³⁴ Art. prélim., III du C.P.P.

²³³⁵ « Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui ». V. par ex., G. DANJAUME, *Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale*, D., 1996, chron., p. 153 et s.

²³³⁶ Ainsi de l'indice, de la preuve littérale, du témoignage, de l'aveu, des prélèvements corporels (externes et internes), des écoutes téléphoniques, etc. En revanche, certains procédés demeurent interdits comme la narco-analyse, l'hypnose ou le détecteur de mensonge : V. C. AMBROISE-CASTEROT, *op. cit.*, p. 262 et 263. Sur la question de la légitimité de ces procédés : S. WASCHEUL, *Des moyens de contrainte et d'investigation employés contre les prévenus pour la découverte de la vérité*, Thèse, Paris, 1949, p. 103 et s. et p. 134 et 135.

²³³⁷ V. E. MOLINA, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, P.U.A.M., 2001, avant-propos S. CIMAMONTI et préf. R. GASSIN, n°2, p. 16 et n°8 et 9, p. 24 et 25 ; E. MOLINA, *Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, *Rev. sc. crim.*, 2002, p. 263 et s., spéc. p. 276 et 277. De manière générale, il a été relevé que « le droit de la preuve semble donc perçu par la doctrine comme le droit qui règle la question de la vérité » : X. LAGARDE, *Vérité et légitimité dans le droit de la preuve*, *Droits*, n°23, 1996, p. 31 et s., p. 33.

²³³⁸ G. LEVASSEUR, *Le droit de la preuve en droit pénal français*, in *La preuve en droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, 1981, p. 178.

²³³⁹ V. aussi, J. CADENE, *La preuve en matière pénale. Essai d'une théorie générale*, Thèse, Montpellier, 1963, p. 19 ; H. HOUBRON, *Loyauté et vérité. Etude de droit processuel*, Thèse, Reims, 2 tomes, 2004, n°60, p. 48.

individus. Il est en tout cas primordial d'éviter les erreurs judiciaires. Aussi la découverte de la vérité demeure-t-elle l'objectif essentiel de la procédure pénale²³⁴⁰.

440. Celle-ci essaye de parvenir à la vérité absolue, bien qu'une telle tentative constitue « un vœu aussi irréalisable que légitime »²³⁴¹. « Notion dont on ne peut sérieusement se passer », « boussole irremplaçable et irremplacée », la vérité apparaît pourtant relative²³⁴². La vérité juridique ne correspond pas forcément à la vérité matérielle²³⁴³. Dans le but de s'approcher au plus près de cette dernière²³⁴⁴, la procédure pénale organise une recherche « large » et « efficace » de la preuve²³⁴⁵. Elle autorise les autorités publiques à recourir à des moyens d'investigation importants²³⁴⁶. De ce point de vue, l'exécution d'actes coercitifs accroît les probabilités de découvrir la vérité²³⁴⁷. Un lien tangible existe, en effet, entre les investigations attentatoires aux libertés individuelles et l'efficacité pour recueillir les preuves²³⁴⁸ nécessaires à la manifestation de la vérité judiciaire²³⁴⁹. Une conciliation doit

²³⁴⁰ V. H. BEKAERT, La manifestation de la vérité dans le procès pénal, Bruylant, 1972, p. 10 et s., not. p. 12, citant Faustin HELIE (« la procédure pénale n'a qu'un but, la recherche de la vérité et le développement des preuves qui doivent y conduire ») ; R. OTTENHOF, Les méthodes scientifiques de recherche de la vérité, Rapport de synthèse du colloque d'Abidjan, R.I.D.P., 1972, p. 577 ; R. KOERING-JOULIN, J. PRADEL, Les rapports entre l'organisation judiciaire et la procédure pénale en France, R.I.D.P., 1989, p. 799 ; V. cependant, R. GASSIN, Considérations sur le but de la procédure pénale, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 109 et s., où il montre que si le but de la procédure pénale est à l'origine la manifestation de la « vérité judiciaire », elle s'en éloigne aujourd'hui de plus en plus en raison de son éclatement (multiplication des procédures alternatives aux poursuites, mais aussi de procédures d'exception dans le Livre IV du C.P.P.).

²³⁴¹ J. NORMAND, Le juge et le litige, *op. cit.*, n°324, p. 342 ; V. aussi, R. COMBALDIEU, Le juge et la vérité. Aspects de droit pénal, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, t. XXVI, 1978, p. 315 et s., spéc. p. 315, 316 et 324 ; L. LETURMY, La recherche de la vérité et le droit pénal, Thèse, Poitiers, 1995, n°380, p. 262 ; E. VERGES, La catégorie juridique des principes (...), *op. cit.*, n°107 et s., p. 122 et s.

²³⁴² P. AMSELEK, La question de la vérité aujourd'hui : bref essai de mise en perspective, R.R.J., 2008, p. 625 et s., spéc. p. 630 et 635 ; H. HOUBRON, Loyauté et vérité (...), *op. cit.*, n°52 à 54, p. 41 et 42, n°58, p. 46 ; Y. MULLER, L'idéal de vérité dans le procès pénal, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 531 et s., spéc. p. 532 et 533.

²³⁴³ V. P. LOUIS-LUCAS, Vérité matérielle et vérité juridique, *op. cit.*, p. 583 et s.

²³⁴⁴ V. cependant, J. PRADEL, La procédure pénale française au début du XXI^e siècle, R.P.D.P., 2003, p. 341 et s., spéc. p. 344, précisant que « pour qu'une procédure remplisse ses fins », il faut « qu'elle permette de dégager la vérité matérielle ».

²³⁴⁵ J. PATARIN, Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal, in Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal. Etudes de droit criminel, Dalloz, 1956, G. STEFANI (dir.), p. 7 et s., spéc. n°25, p. 44.

²³⁴⁶ Ces moyens d'investigation « puissants » ou « efficaces » sont souvent évoqués : V. J. CADENE, La preuve en matière pénale (...), *op. cit.*, p. 213 ; R. COMBALDIEU, Le juge et la vérité (...), *op. cit.*, p. 316 ; E. MOLINA, La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain, *op. cit.*, n°9, p. 26. Pour une définition du pouvoir d'investigation : M. MURBACH-VIBERT, Les pouvoirs d'investigation en droit français. Essai d'une théorie générale, Thèse, Lyon III, 4 tomes, 2010, p. 25, 59 et 375, y voyant « le titre de contrainte permettant de caractériser un trouble à l'ordre public » (2 critères cumulatifs : l'objet, la contrainte, et sa finalité, la démonstration d'un trouble à l'ordre public).

²³⁴⁷ V. P. GARRAUD, La preuve par indices dans le procès pénal, *op. cit.*, p. 4 ; R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, n°141 : « Aux diverses juridictions d'instruction et de jugement et même, sous certaines réserves, aux autorités de police judiciaire, sont reconnus des pouvoirs de coercition importants que n'a pas le juge civil, et qui permettent de rechercher, de découvrir et d'exploiter avec efficacité les preuves nécessaires au jugement des infractions poursuivies » ; P. HENNION, Preuve pénale et droits de l'homme, Thèse, Nice, 1998, 2 tomes, n°480, p. 469.

²³⁴⁸ Avant d'être des preuves, on rappellera que les éléments recueillis constituent « des raisons plausibles de soupçonner » (V. par ex., art. 55-1, 62-2, 70 et 78-2 du C.P.P.) ou « des indices » (V. par ex., art. 53, 54, 75-2 du C.P.P.) lors des enquêtes de police, « des indices graves ou / et concordants » (V. par ex., art. 80-1 et 105 du C.P.P.) ou « des charges » (V. par ex., art. 176, 177, 184, 188, 211 et 212 du C.P.P.) au cours de l'information. La vérité judiciaire se renforce donc avec le déroulement de la procédure pénale et revêt sa forme définitive dans la phase décisive avec le prononcé du jugement (*res judicata pro veritate habetur*). Sur l'évolution, E. MOLINA, La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain, *op. cit.*, n°6, p. 21 et 22.

²³⁴⁹ V. L. LETURMY, La recherche de la vérité et le droit pénal, *op. cit.*, n°81, p. 68 et n°89, p. 72. V. A. WALD, Rapport général sur La vérité et le droit, Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1987, t. XXXVIII, p. 529 et s., spéc. p. 538, à propos des écoutes téléphoniques ; D. COMMARET, Les métamorphoses de la preuve, R.P.D.P., 2003, p. 735 et s., not. p. 739 et 740, à propos des fouilles de véhicules et des perquisitions ; Y. MULLER, L'idéal de vérité dans le procès pénal, *op.*

cependant être opérée entre cette recherche dynamique et les atteintes aux droits, notamment substantiels, de « l'accusé » (au sens européen du terme)²³⁵⁰. Pareilles atteintes ne sauraient dépasser un certain « seuil de tolérance », ce qui implique de prévoir un « seuil de compatibilité acceptable » entre celles-ci et les règles probatoires²³⁵¹.

441. Diligentées afin de récolter des indices, ces investigations se déroulent principalement au cours de l'enquête et de l'instruction. L'acte coercitif probatoire s'épanouit dans la phase préparatoire du procès pénal. Il a vocation à éclairer la juridiction de jugement sur les circonstances de la commission de l'infraction et sur l'éventuelle responsabilité de la personne poursuivie. Cette catégorie d'actes permet de préparer le procès en assurant le rassemblement des preuves et la recherche des auteurs de l'infraction. Elle se compose alors de la garde à vue²³⁵², du mandat de recherche délivré par le procureur de la République ou le juge d'instruction²³⁵³, du mandat d'amener décerné par le président de la cour d'assises²³⁵⁴, des investigations corporelles internes et des fouilles à corps²³⁵⁵, des visites de véhicules²³⁵⁶, des perquisitions et saisies²³⁵⁷ ou de l'entrée dans les lieux à usage professionnel²³⁵⁸. D'autres actes participent encore de cette notion d'acte coercitif probatoire. C'est le cas des contrôles et vérifications d'identité²³⁵⁹, des interceptions de correspondances émises par voie des télécommunications et des sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules²³⁶⁰, des prises de sang²³⁶¹ ou bien de certains prélèvements ADN²³⁶². Nécessaires à la manifestation de la vérité, ces mesures se retrouvent dans tout type de procédure.

cit., p. 536 : « La quête des preuves conduit à forcer la vie privée, à pénétrer les intimités ; lorsque la vérité se fait plus précise, elle autorise la contrainte : cela s'appelle garde à vue, détention provisoire, contrôle judiciaire ».

²³⁵⁰ V. P. HENNION, *op. cit.*, n°8, p. 15, n°9, p. 17 et 18, n°275, p. 255. *Adde*, D. THOMAS et *alii*, Les transformations de l'administration de la preuve pénale, Arch. pol. crim., n°26, Pedone, 2004, p. 113 et s., not. p. 115.

²³⁵¹ P. HENNION, *op. cit.*, n°8, p. 16 et n°276, p. 255 ; H. HOUBRON, *op. cit.*, n°55, p. 42.

²³⁵² Art. 62-2 et s., 77 et 154 du C.P.P. Permettant parfois d'obtenir des aveux de la part des suspects, leurs auditions contribuent notamment à la manifestation de la vérité. V. aussi, P. CONTE, note sous Cass. crim., 4 janv. 2005, préc., pour qui la garde à vue « est destinée à favoriser la découverte de la vérité » ; L. LETURMY, *op. cit.*, n°272, p. 189 ; V. VALETTE, La personne mise en cause en matière pénale, *op. cit.*, n°359, p. 246.

²³⁵³ Art. 70, 77-4 et 122 du C.P.P. Ce mandat autorise le placement en garde à vue d'un suspect.

²³⁵⁴ Art. 310, al. 2 du C.P.P., disposant qu' « il (le président) peut au cours des débats appeler, au besoin par mandat d'amener, et entendre toutes personnes ou se faire apporter toutes nouvelles pièces qui lui paraissent (...) utiles à la manifestation de la vérité ». C'est une manifestation du pouvoir discrétionnaire du président de la cour d'assises.

²³⁵⁵ Art. 63-7 du C.P.P. (fouilles intégrales et fouilles corporelles internes).

²³⁵⁶ Art. 78-2-3 du C.P.P., l'article 78-2-2 du C.P.P. consacrant pour sa part une fouille de police administrative (V. J. BUISSON, Des contrôles d'identité requis aux fouilles requises, Procédures, 2002, chron. n°3, spéc. II).

²³⁵⁷ Art. 56, 76, al. 4, 92 et 94 du C.P.P. ; *Adde*, art. 706-28 (stupéfiants) et 706-35 (proxénétisme) du C.P.P. Insistant sur ce point pour les saisies : F. DUPUIS, Les saisies en matière pénale, de l'opportun à l'opportunisme, Procédures, 2014, Etude n°6, not. n°5 et s. (« la saisie probatoire, outil opportun au service de la vérité »).

²³⁵⁸ Art. 78-2-1 du C.P.P.

²³⁵⁹ Art. 78-2 et 78-3 du C.P.P. ; *Adde*, art. 78-2-2, 78-6, al. 2 et 529-4, al. 6 du C.P.P. Grâce à de tels actes, l'identité d'une personne peut être connue – notamment celle soupçonnée d'avoir commis une infraction –. Son identification s'inscrit dans le cadre des investigations menées par les enquêteurs. Elle leur permet d'acquérir des renseignements sur l'intéressé (adresse, profession...) et provoque sa mise en cause au stade policier.

²³⁶⁰ Art. 74-2, al. 3, 80-4, 100 et s., 706-95, 706-96 du C.P.P.

²³⁶¹ Art. 706-47-2 du C.P.P. (prise de sang aux fins de dépistage d'une maladie sexuellement transmissible) ; Art. L. 234-4 et L. 234-6 du C. route (examens et, notamment, la prise de sang pour prouver la conduite sous l'empire d'un état alcoolique ou en état d'ivresse manifeste) et L. 3354-1 du C.S.P.

²³⁶² Art. 706-56 du C.P.P. Sur la preuve issue des empreintes génétiques avant l'institution de ce texte (par la loi du 18 mars 2003) : L. LETURMY, *op. cit.*, n°258 à 260, p. 180 à 182, n°299, p. 205 ; M. MARX, La preuve par le corps humain, Thèse,

2° - Un acte indispensable indépendamment du modèle de procédure

442. Traditionnellement, deux systèmes de justice pénale sont opposés : la procédure accusatoire se distingue de la procédure inquisitoire²³⁶³. A supposer que cette distinction soit fondée – ce qui apparaît douteux depuis une étude très convaincante –²³⁶⁴, la procédure accusatoire est regardée comme orale, publique et contradictoire²³⁶⁵. Les preuves sont rapportées par les parties, à savoir l'accusation (ministère public et police) et la défense. Tel est le cas dans les pays anglo-saxons et notamment aux Etats-Unis. A l'inverse, le modèle inquisitoire se caractérise par son aspect écrit, secret et non contradictoire²³⁶⁶. Ici, le juge n'est plus un organe neutre et passif. Il est en quête de vérité matérielle et part à la recherche des preuves de l'infraction. Le juge d'instruction reste le symbole d'un tel système. La France n'a pas pour autant adopté un modèle inquisitoire pur²³⁶⁷, elle consacre un modèle mixte²³⁶⁸. Cette opposition semble de toute façon « dépassée » en raison de la préférence accordée au procès « contradictoire », qui accorde davantage de place aux droits fondamentaux de l'individu²³⁶⁹.

443. Des actes coercitifs sont accomplis que la procédure soit plutôt accusatoire, inquisitoire ou mixte. La tentation existe d'établir un lien entre l'exécution de ces actes et le système inquisitoire, censé assurer une meilleure recherche de la vérité²³⁷⁰. Elle doit cependant être écartée. Même si dans les pays de *Common Law*²³⁷¹, « il s'agit toujours d'apprécier la vérité de ce que disent les parties, et non pas, comme en droit français, de rechercher la vérité des faits »²³⁷², de telles mesures demeurent

Poitiers, 1997, n°112 à 115, p. 115 à 122, n°382, p. 404 et 405 ; J. BARBERIS, Le droit de la preuve pénale face à l'évolution technique et scientifique, Thèse, Aix-Marseille III, 2000, n°255 et s., p. 313 et s. ; Depuis lors : C. AMBROISE-CASTEROT, Recherche et administration (...), *op. cit.*, p. 263 et 264 ; J.-R. DEMARCHI, Les preuves scientifiques et le procès pénal, L.G.D.J., 2012, Bibl. sc. crim., t. 55, préf. C. AMBROISE-CASTEROT, n°334 et s., p. 172 et s.

²³⁶³ Il n'est pas utile de consacrer de longs développements à ces deux systèmes. Il conviendra juste d'évoquer leurs traits principaux. Sur le sujet : Inquisitoire-accusatoire : un écroulement des dogmes en procédure pénale ?, Colloque international d'Aix-en-Provence des 9-10 juin 1997, R.I.D.P., 1997, n°1 et 2 ; L. PRIMOT, Le concept d'inquisitoire en procédure pénale. Représentations, fondements et définition, L.G.D.J., 2010, Bibl. sc. crim., t. 47, préf. J.-H. ROBERT.

²³⁶⁴ C. AMBROISE-CASTEROT, De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire, *op. cit.*, montrant que cette distinction est erronée (n°31 et s., p. 22 et s.) et dépassée (n°402 et s., p. 291 et s.). Il est notamment soutenu que l'accusatoire et l'inquisitoire n'ont aucune existence juridique aussi bien du point de vue de leur contenu (n°36 et s., p. 27 et s.) qu'en tant que contenant (n°161 et s., p. 105 et s.).

²³⁶⁵ En faveur de ce système : D. SOULEZ-LARIVIERE, Les nécessités de l'accusatoire, Pouvoirs, 1990, n°55, p. 65 et s.

²³⁶⁶ En faveur de ce système : J.-L. SAURON, Les vertus de l'inquisitoire ou l'Etat au service des droits, Pouvoirs, 1990, n°55, p. 53 et s.

²³⁶⁷ Sur ce genre de procédure, V. La mise en état des affaires pénales, *op. cit.*, p. 25 à 29.

²³⁶⁸ V. La mise en état des affaires pénales, *op. cit.*, p. 29 à 35 ; G. DI MARINO, L'implantation et les remises en cause des dogmes accusatoire et inquisitoire (Rapport introductif), R.I.D.P., 1997, p. 17 et s., not. p. 26.

²³⁶⁹ C. AMBROISE-CASTEROT, De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire, *op. cit.*, n°402, p. 291 et n°556 et s., p. 400 et s. ; M. DELMAS-MARTY, La preuve pénale, Droits, 1996, n°23, p. 53 et s., spéc. p. 54, 60 et 61 ; G. GIUDICELLI-DELAGE, Les transformations de l'administration de la preuve pénale. Perspectives comparées. Introduction et conclusions, Arch. pol. crim., n°26, Pedone, 2004, p. 139 et s. et p. 174 et s., spéc. p. 139 et 185. *Adde*, La mise en état des affaires pénales, *op. cit.*, p. 107.

²³⁷⁰ C'est une opinion courante : V. J. PRADEL, Inquisitoire-accusatoire : une redoutable complexité (Rapport de synthèse), R.I.D.P., 1997, p. 213 et s., spéc. p. 227 et 229 ; J.-L. SAURON, Les vertus de l'inquisitoire (...), *op. cit.*, spéc. p. 54 et 55 ; V. cependant, B. MONTANARI, La « faute » et l'« accusation » : réflexions sur la vérité dans le procès, R.I.D.P., 1997, p. 43 et s., not. p. 52 à 54.

²³⁷¹ Même les Etats-Unis n'adoptent pas un système accusatoire pur ; c'est pour cela qu'il vaut mieux évoquer une procédure « plutôt accusatoire » : J. PRADEL, Inquisitoire-accusatoire (...), *op. cit.*, p. 215.

²³⁷² X. LAGARDE, Finalités et principes du droit de la preuve. Ce qui change, J.C.P., 2005, I, 133, spéc. n°8.

indispensables à l'efficacité de l'enquête. Ainsi, aux Etats-Unis, les actes coercitifs sont autorisés par un juge et exécutés par la police qui agit sous la direction du ministère public²³⁷³. Il est donc également procédé à des arrestations, gardes à vue²³⁷⁴, détentions provisoires²³⁷⁵, perquisitions²³⁷⁶ ou interceptions téléphoniques comme en France. Tous ces actes demeurent nécessaires quel que soit le type de procédure. Parmi eux, certains apparaissent indispensables à la manifestation de la vérité. Ils possèdent dès lors la fonction des actes d'instruction²³⁷⁷. D'autres actes coercitifs ne s'intéressent qu'indirectement à la recherche des preuves de l'infraction et à la découverte de la vérité. L'arrestation et la détention provisoire l'illustrent. Elles constituent des actes conservatoires et provisoires.

B – L'acte coercitif provisoire et conservatoire

444. Bien que très proches, les notions de provisoire et de conservatoire ne se confondent pas complètement. Elles peuvent être distinguées. L'acte coercitif entretient un rapport particulier avec chacune d'elles. Ce n'est donc qu'après avoir présenté la distinction entre le provisoire et le conservatoire (1°) que celle-ci pourra être appliquée à l'acte coercitif (2°).

1°- Présentation de la distinction entre le provisoire et le conservatoire

445. Il n'est guère évident de distinguer la mesure provisoire de la mesure conservatoire²³⁷⁸, les auteurs ayant eux-mêmes parfois contribué à la confusion des deux notions. Il ressort, par exemple, de leurs définitions que l'acte conservatoire « est un acte provisoire »²³⁷⁹ ou encore que « les actes conservatoires sont essentiellement provisoires »²³⁸⁰. Or, si le provisoire et le conservatoire partagent « une large zone commune », ils ne semblent pas « totalement assimilables »²³⁸¹. Ces notions peuvent

²³⁷³ V. J. PRADEL, *op. cit.*, p. 221 : « Le rôle du juge dans le système accusatoire est quasi nul, c'est vrai. Il apparaît certes pour ordonner une mesure contraignante comme les perquisitions, les écoutes téléphoniques, évidemment la détention provisoire. Mais il n'intervient pas dans la collecte des preuves puisqu'il n'y a pas de juge d'instruction ».

²³⁷⁴ V. C. VROOM, La liberté individuelle au stade de l'enquête de police en France et aux Etats-Unis, *Rev. sc. crim.*, 1988, p. 487 et s., spéc. p. 499 et s., soulignant du reste que « la police est contrainte par l'exigence constitutionnelle de cause plausible pour toute détention ». (p. 501).

²³⁷⁵ V. J.-L. SAURON, *op. cit.*, p. 60 ; F. CASORLA, L'approche du magistrat, in *Inquisitoire-accusatoire : un écroulement des dogmes en procédure pénale ?*, R.I.D.P., 1997, p. 83 et s., spéc. p. 89. Aux Etats-Unis, le versement d'une caution afin d'éviter la détention avant jugement est une pratique très développée.

²³⁷⁶ Pour une comparaison entre la France et les Etats-Unis, C. VROOM, *op. cit.*, p. 491 à 495.

²³⁷⁷ V. B. BOULOC, L'acte d'instruction, *op. cit.*, n°468, p. 331 et n°473, p. 333.

²³⁷⁸ Pour ce constat, V. déjà, R. PERROT, obs. sur CA Paris, 17 avril 1975 et TGI Nice, ord., 28 avril et 18 sept. 1975, R.T.D.civ., 1976, p. 392, spéc. n°1, p. 394.

²³⁷⁹ P. JESTAZ, L'urgence et les principes classiques du droit civil, *op. cit.*, n°22, p. 22 ; P.-A. PAGEAUD, Un aspect de la sécurité juridique : l'acte conservatoire comme acte nécessaire, *op. cit.*, n°220, p. 109 : « L'acte conservatoire apparaît donc comme provisoire » (il souligne).

²³⁸⁰ M. VASSEUR, Urgence et droit civil, *op. cit.*, n°19, p. 431 ; V. aussi, G. CORNU, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 30 juin 1955, D., 1956, jurispr., p. 465, qui indique spéc. p. 467, que « le provisoire est surtout conservatoire ».

²³⁸¹ L. LORVELLEC, Remarques sur le provisoire en droit privé, *op. cit.*, p. 388.

en quelque sorte « se superposer » mais la catégorie des mesures conservatoires apparaît plus restreinte que celle des mesures provisoires²³⁸².

446. Défini comme « nécessaire et patrimonial, préventif et avantageux », l'acte conservatoire « s'entend de l'acte matériel ou juridique, de la mesure ou de l'action, voire de l'abstention dont l'objet est de protéger les biens contre les menaces de pertes ou de disparition en les maintenant dans leur état »²³⁸³. Il se caractérise donc surtout par sa finalité, à savoir la conservation ou la sauvegarde d'un bien ou d'un droit²³⁸⁴. Les mesures provisoires se situent, elles, sur un autre plan²³⁸⁵. C'est leur aspect temporaire qui forme leur critère singulier, le fait qu'elles soient limitées dans le temps²³⁸⁶. Elles possèdent un caractère transitoire, révisable²³⁸⁷ et, en général, urgent²³⁸⁸. Elles demeurent dépourvues de l'autorité de chose jugée au principal²³⁸⁹. Il a été indiqué que les décisions provisoires sont celles « prises au cours de l'instance, soit pour aménager la situation des parties pendant son cours, soit pour préparer la solution finale »²³⁹⁰. Plus précisément, « il s'agit de décisions par lesquelles le juge renonce à se prononcer définitivement sur une question de droit donnée mais se contente de fournir un cadre juridique à la période d'attente afin de garantir les droits des justiciables et de permettre la manifestation de la vérité jusqu'à l'adoption d'une décision définitive »²³⁹¹.

²³⁸² R. PERROT, obs. préc., p. 393 ; G. WIEDERKEHR, L'accélération des procédures et les mesures provisoires, R.I.D.comp., 1998, p. 449 et s., spéc. p. 451 ; C. CHAINAIS, La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007, préf. S. GUINCHARD, n°86, p. 100, pour qui « en définitive, dans le vocable européen, "la mesure provisoire est le genre dont la mesure conservatoire est une espèce particulière" ».

²³⁸³ C. BRENNER, L'acte conservatoire, *op. cit.*, n°437, p. 221 ; V. aussi, G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, *op. cit.*, p. 245, « Conservatoire », sens 1° (acte) : « Acte juridique qui, par opposition à l'acte de disposition ou à l'acte d'administration, tend seulement à éviter la perte d'un bien et qui, nécessaire et urgent, requiert un minimum de pouvoir. Ex : inscription d'hypothèque, interruption de la prescription, réparation urgente ».

²³⁸⁴ V. C. BRENNER, *op. cit.*, n°207 et s., p. 108 et s. ; R. PERROT, obs. préc., p. 393 ; G. WIEDERKEHR, *op. cit.*, p. 452. Il peut s'agir de la sauvegarde d'un droit processuel : C. CHAINAIS, *op. cit.*, n°76 et 77, p. 88 à 90.

²³⁸⁵ Sur celles-ci, V. J. NORMAND, Les mesures provisoires en droit français, in Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Etude de droit comparé, J. VAN COMPERNOLLE et G. TARZIA (dir.), Bruylant, 1998, p. 73 et s.

²³⁸⁶ R. PERROT, obs. préc., p. 393 ; E. BONIS-GARÇON, Les décisions provisoires en procédure pénale, *op. cit.*, n°40 et s., p. 48 et s. : « La décision provisoire est une décision qui s'installe dans le temps. Certes, elle est appelée à passer mais elle ne fait pas que passer : elle dure. Cela est fondamental car cette idée de durée sert à distinguer les décisions provisoires et les décisions conservatoires » (*adde*, n°52, p. 54) ; L. LORVELLEC, *op. cit.*, p. 389 ; C. BRENNER, *op. cit.*, n°146, p. 84.

²³⁸⁷ E. BONIS-GARÇON, *op. cit.*, n°55, p. 55 (sur le caractère transitoire) et n°67 et s., p. 64 et s. (sur le caractère révisable) ; C. BRENNER, *op. cit.*, n°148, p. 85.

²³⁸⁸ Sur les rapports entre l'urgence et le provisoire : S. GUINCHARD, Le temps dans la procédure civile, Annales de la faculté de droit de Clermont, 1983, fasc. 20, L.G.D.J., p. 21 et s., spéc. n°63, p. 52, affirmant que le provisoire est très proche de l'urgence, mais néanmoins distinct ; E. BONIS-GARÇON, *op. cit.*, n°89 et s., p. 73 et s., précisant que l'urgence ne saurait caractériser les décisions provisoires puisque celles-ci peuvent exister en son absence (n°109, p. 81). En effet, « l'urgence et le provisoire ne se situent pas au même niveau. (...) Dans le cas de l'urgence, ce qui importe c'est la cause, la raison d'être de l'intervention du juge. Le provisoire, au contraire, concerne plutôt le caractère de la décision, c'est-à-dire moins sa raison d'être que sa manière d'être » (n°116 et 117, p. 83).

²³⁸⁹ C. BRENNER, *op. cit.*, n°150, p. 86.

²³⁹⁰ P. HEBRAUD, Observations sur la notion de temps en droit civil, Etudes offertes à P. KAYSER, P.U.A.M., t. 2, p. 1 et s., spéc. n°15, p. 20.

²³⁹¹ E. BONIS-GARÇON, *op. cit.*, n°407, p. 243. L'auteur a traité la notion de décision provisoire à partir uniquement d'un acte juridique spécifique, l'acte juridictionnel (n°43, p. 50). Or, tous les actes conservatoires ne sont pas adoptés au moyen d'un acte juridictionnel, bien au contraire (n°44, p. 50). Sur ce point, C. BRENNER, *op. cit.*, n°152, p. 86 et 87.

447. Solution d'attente organisée, le provisoire se distingue de la sorte de l'acte conservatoire²³⁹². Ce dernier peut fort bien épuiser ses effets de façon instantanée. C'est dire que le « souci de conservation peut ne pas s'exprimer par des actes provisoires »²³⁹³. En outre, si certaines décisions provisoires sont conservatoires, toutes ne poursuivent pas une telle finalité²³⁹⁴. Le provisoire révèle aussi une volonté d'anticiper le futur et pas seulement de le préserver. Dans ce cas, il doit s'inspirer du définitif²³⁹⁵. Au contraire, « plus le provisoire se rapproche du conservatoire, plus il devrait éliminer tout ce que le définitif comporte de lourdeurs, de facteurs de pertes de temps »²³⁹⁶. La distinction entre le provisoire et le conservatoire apparaît déjà plus claire. Il convient désormais de la rapporter à l'acte coercitif.

2°- Application de la distinction à l'acte coercitif

448. Distinguer le provisoire du conservatoire était essentiel à la compréhension des différentes fonctions de l'acte coercitif ; car celui-ci remplit, d'une part, une fonction de conservation (a), d'autre part, une fonction d'anticipation (b).

a) La fonction de conservation de l'acte coercitif

449. Parce qu'elle est sujet et non objet de droit et qu'elle n'a pas de prix, la personne ne saurait être objet d'un acte conservatoire²³⁹⁷. Celle-ci peut néanmoins être l'objet d'un acte coercitif tendant à conserver des indices. La conservation de la preuve participe en effet de la technique conservatoire²³⁹⁸. Conserver, c'est préserver, sauvegarder. La conservation évoque alors la prévention²³⁹⁹. En procédure pénale, elle renvoie surtout à l'idée de « gel » d'une situation²⁴⁰⁰, comme en témoigne une directive européenne récente²⁴⁰¹. Elle fige les éléments de preuve utiles à la sauvegarde de la vérité. L'acte coercitif s'analyse davantage comme un moyen d'informer que comme un acte d'instruction sous cet

²³⁹² L'organisation juridique de cette période d'attente apparaît nécessaire, car « le provisoire, sans doute, n'est pas toujours de courte durée » (G. CORNU, note préc., p. 467). Cependant, « un provisoire qui dure devient dangereux ».

²³⁹³ L. LORVELLEC, *op. cit.*, p. 388 ; C. BRENNER, *op. cit.*, n°147, p. 84 et 85, ajoutant qu' « on ne peut en conclure, avec certains auteurs, que l'acte conservatoire est provisoire » (n°152, p. 86).

²³⁹⁴ E. BONIS-GARÇON, *op. cit.*, n°51, p. 53. Certaines décisions pourraient donc être provisoires sans être conservatoires ; L. LORVELLEC, *op. cit.*, p. 389.

²³⁹⁵ G. WIEDERKEHR, *op. cit.*, p. 452 ; L. LORVELLEC, *op. cit.*, p. 390, 393 et spéc. p. 397 à 399 ; S. GUINCHARD, *op. cit.*, n°65 et 66, p. 53.

²³⁹⁶ L. LORVELLEC, *op. cit.*, p. 399.

²³⁹⁷ C. BRENNER, L'acte conservatoire, *op. cit.*, n°202, p. 105.

²³⁹⁸ C. BRENNER, *op. cit.*, n°214, p. 111 et n°238 et s., p. 126 et s. Rapp., M.-L. RASSAT, Procédure pénale, *op. cit.*, n°444, relevant les « actes conservatoires » dans l'enquête d'infraction flagrante.

²³⁹⁹ C. BRENNER, *op. cit.*, n°48 et s., p. 39 et s. La conservation évoque aussi la protection, mais conserver, c'est avant tout « prévenir un péril, éviter une perte, autrement dit agir préventivement » (n°188, p. 100).

²⁴⁰⁰ V. E. BONIS-GARÇON, Les décisions provisoires en procédure pénale, *op. cit.*, n°313, p. 183.

²⁴⁰¹ Directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne, précitée, devant être transposée en droit interne au plus tard le 4 octobre 2016. Dans son article 8, §3, la directive précise que « la décision de gel ne reste en vigueur que le temps nécessaire pour préserver les biens en vue de leur éventuelle confiscation ultérieure ».

angle²⁴⁰². Il contribue à la bonne marche de l'enquête et de l'information, comme le montre l'incarcération provisoire²⁴⁰³. Il évite la disparition des preuves, les concertations frauduleuses entre les individus. Il permet aussi de lutter contre le risque de fuite en maintenant les personnes à la disposition des autorités publiques.

450. Des actes coercitifs fort divers possèdent ainsi cette fonction de conservation. Il s'agit de la saisie d'objets, documents ou données informatiques²⁴⁰⁴ en vue de conserver les indices, de leur placement sous main de justice et des refus de restitution²⁴⁰⁵, des mesures conservatoires prévues à l'article 706-103 du C.P.P.²⁴⁰⁶, de l'ordonnance d'interruption des travaux adoptée par le juge d'instruction²⁴⁰⁷. Depuis la loi n°2010-768 du 9 juillet 2010, précitée, des saisies spéciales ont été introduites aux articles 706-141 et suivants du C.P.P. afin de lutter contre l'économie issue de la délinquance grâce à l'appréhension des avoirs criminels²⁴⁰⁸. Susceptibles de se transformer ultérieurement en peines de confiscation sur le fondement de l'article 131-21 du C.P., ces saisies sont de plusieurs sortes : de patrimoine²⁴⁰⁹, immobilières²⁴¹⁰, de certains biens ou droits mobiliers

²⁴⁰² En reprenant la distinction établie par E. BONIS-GARÇON, *op. cit.*, n°318, p. 186, à propos des décisions provisoires. L'acte coercitif n'a pas ici vocation à « éclairer le juge mais se contente de définir un cadre qui pourra être l'occasion de prescrire une mesure d'instruction ». L'auteur s'appuie sur une formule célèbre de Faustin HELIE consacrée à la détention provisoire (note n°703).

²⁴⁰³ Art. 145, al. 8 et 9 du C.P.P. ; Art. 201, al. 3 du C.P.P.

²⁴⁰⁴ Art. 54, al. 2 du C.P.P. : « Il (l'O.P.J.) veille à la conservation des indices susceptibles de disparaître et de tout ce qui peut servir à la manifestation de la vérité. Il saisit les armes et instruments qui ont servi à commettre le crime ou qui étaient destinés à le commettre ainsi que tout ce qui paraît avoir été le produit direct ou indirect de ce crime » ; Art. 76 et 97 du C.P.P. Pour l'étude de la finalité conservatoire de la saisie : F. DUPUIS, Les saisies en matière pénale (...), *op. cit.*, n°11 et s., dénonçant un risque d'atteinte injustifiée aux droits des individus par le biais des saisies conservatoires.

²⁴⁰⁵ Prolongement d'une saisie, le refus de restitution poursuit les effets de cet acte puisqu'il continue de priver la personne dépossédée d'un de ses biens : V. art. 41-4, al. 2, 99, al. 4, 212, al. 3, 373, al. 2, 481, al. 3, 484, al. 2 et 543 du C.P.P.

²⁴⁰⁶ Elles ne peuvent être prises que sur un bien dont le mis en examen est propriétaire : Cass. crim., 26 mai 2010, Bull. crim., n°94 (cassation au visa de l'article 706-103 du C.P.P.) ; D., 2010, p. 2558, note J. PRADEL ; J.C.P., 2010, Note, 1085, note C. CUTAJAR et C. DUCHAINE. Dans cinq arrêts rendus le même jour non publiés au bulletin (Cass. crim., 18 juin 2010, Inédit, n°10-81165 ; n°10-81163 ; n°10-81166 ; n°10-81164 et n°10-80181), la chambre criminelle a refusé de transmettre au juge constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité fondée sur l'article 706-103 du C.P.P. Elle a considéré que la question posée ne présente pas un caractère sérieux, dès lors, d'une part, que ce texte prévoit des mesures conservatoires pour des infractions graves et complexes entrant dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-74 du C.P.P. et justifiant des règles spécifiques de procédure pénale et d'autre part, que de telles mesures, ne constituant pas des sanctions, sont ordonnées par le juge des libertés et de la détention selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution qui assurent la sauvegarde des droits de la personne concernée.

²⁴⁰⁷ Art. L. 480-2 du C. urb. C'est le cas lorsque ce magistrat est saisi d'une poursuite pour construction sans permis de construire. « Cette décision n'est rien d'autre qu'un acte conservatoire qui permet de « limiter les dégâts » dès lors qu'une infraction a été constatée. Conservatoire, cette mesure est également provisoire : elle voit ses effets circonscrits dans le temps à la durée de l'instruction » : E. BONIS-GARÇON, *op. cit.*, n°42, p. 50 ; V. aussi sur cet acte, G. ROUJOU DE BOUBEE, Le temps dans la procédure pénale, Annales de la faculté de droit de Clermont, 1983, fasc. 20, L.G.D.J., p. 77 et s., spéc. p. 87. Le maire peut également prendre un arrêté ordonnant l'interruption des travaux en cas d'irrespect des règles liées au permis de construire : V. art. L. 480-2, al. 3 du C. urb. Enfin, il a été rappelé que la mise en conformité des lieux ou des ouvrages, la démolition de ces derniers ou la réaffectation du sol, prévues par l'article L. 480-5 de ce Code, constituent « des mesures à caractère réel destinées à faire cesser une situation illicite, et non des sanctions pénales » : Cass. crim., 6 nov. 2012, Bull. crim., n°239 ; Dr. pénal, 2013, comm. n°8, note J.-H. ROBERT (cassation, l'arrêt ayant prononcé une de ces mesures à titre de peine principale). La jurisprudence est constante sur ce point : Cass. crim., 8 juin 1989, Bull. crim., n°248.

²⁴⁰⁸ Le juge pénal a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité selon laquelle les articles 706-143, 706-146, 706-148, 706-153 et 706-155 du C.P.P., ainsi que 131-21 et 324-7, 12° du C.P. seraient contraires à la Constitution : Cass. crim., 24 avril 2013, Inédit, n°12-87473 ; Dr. pénal, 2013, comm. n°117, note A. MARON et M. HAAS. *Adde*, Cass. crim., 5 fév. 2013, Inédit, n°12-90069.

²⁴⁰⁹ Art. 706-148 du C.P.P., tel que réécrit par la loi n°2012-409 du 27 mars 2012. Cette loi étend le champ d'application des saisies de patrimoine, lesquelles ne pouvaient s'exécuter auparavant que sur les seuls biens appartenant au mis en examen.

incorporels²⁴¹¹, enfin réalisées sans dépossession²⁴¹² ou en valeur²⁴¹³. Décidées à titre conservatoire, elles remplissent également une fonction d'anticipation puisque l'article 706-141 du C.P.P. commence par préciser qu'elles sont adoptées « afin de garantir l'exécution de la peine complémentaire de confiscation selon les conditions définies à l'article 706-141 du Code pénal »²⁴¹⁴. Constitutives d'actes coercitifs, ces différentes saisies s'apparentent à des actes d'appréhension qui privent les propriétaires de leurs biens²⁴¹⁵.

451. Certains actes coercitifs tendent à l'appréhension ou à la maîtrise des personnes cette fois. En témoignent la défense faite aux individus de s'éloigner et les différentes rétentions²⁴¹⁶, l'arrestation²⁴¹⁷,

Elles sont désormais étendues à ceux dont le mis en examen a la libre disposition, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi : V. E. GARÇON, V. PELTIER, Commentaire de la loi n°2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines, Dr. pénal, 2012, Etude n°11, spéc. n°18 et 19 ; Cass. crim., 9 mai 2012, Bull. crim., n°110 ; D., 2012, p. 1652, note (critique) C. CUTAJAR ; Dr. pénal, 2012, comm. n°111, note A. MARON et M. HAAS : « Attendu (...) qu'il ressort des dispositions de l'article 706-148 du C.P.P., dans sa rédaction issue de la loi du 27 mars 2012, que la saisie à titre conservatoire des biens de la personne mise en examen, ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, des biens dont celle-ci a la libre disposition, peut être autorisée au cours de l'instruction lorsque la loi qui réprime le crime ou le délit poursuivi prévoit leur confiscation » ; Cass. crim., 18 sept. 2012, Bull. crim., n°192 ; Cass. crim., 23 mai 2013, Bull. crim., n°113 ; A.J. pénal, 2013, jurisp., p. 482, obs. L. ASCENSI ; Dr. pénal, 2013, comm. n°117, note A. MARON et M. HAAS (*idem*). La chambre criminelle a confirmé « l'inscription de sa jurisprudence dans une conception économique de la notion de "libre disposition", et ce conformément aux intentions du législateur qui étaient précisément de dépasser l'apparence juridique pour permettre la saisie des biens du "propriétaire économique réel" » : L. ASCENSI, obs. sur Cass. crim., 29 janv. 2014 (2 arrêts), A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 310, spéc. p. 311. En outre, lorsque la saisie effectuée s'analyse bien en une saisie de patrimoine au sens de l'article 706-148 du C.P.P., elle nécessite au préalable l'avis du ministère public. A défaut, il y a méconnaissance de l'article 706-148 du C.P.P. : Cass. crim., 11 juill. 2012, Bull. crim., n°168 ; Dr. pénal, 2012, comm. n°138, obs. A. MARON et M. HAAS (cassation ; il s'agissait d'une saisie de sommes inscrites au crédit de comptes bancaires dont des époux étaient titulaires) ; Cass. crim., 27 nov. 2012, Bull. crim., n°259.

²⁴¹⁰ Art. 706-150 du C.P.P. ; Cass. crim., 4 sept. 2012, Bull. crim., n°178, précisant que la saisie des immeubles dont la confiscation est prévue par l'article 131-21 du C.P., prescrite par l'article 706-150 du C.P.P., n'est pas limitée aux biens dont les personnes visées par l'enquête sont propriétaires, mais s'étend à tous les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction ; Cass. crim., 5 mars 2014, n°13-84977, E.C.P.B., prenant soin d'ajouter « sous réserve du droit du propriétaire de bonne foi ». Pour des développements sur ce type de saisie : G. CLEMENT, B. CLEMENT, Le double visage des perquisitions et saisies, in Questions de droit pénal international, européen et comparé, Mélanges A. FOURNIER, Presses universitaires de Nancy, 2013, p. 59 et s., spéc. p. 83 à 85.

²⁴¹¹ Art. 706-153 et 706-154 du C.P.P. Selon ce dernier texte, la saisie de sommes d'argent versées sur un compte bancaire s'applique indifféremment à l'ensemble des sommes inscrites au crédit de ce compte au moment de la saisie et ne nécessite pas l'avis préalable du parquet, dès lors qu'elle ne constitue pas une saisie de patrimoine au sens de l'article 706-148 du C.P.P. : Cass. crim., 18 sept. 2012, Bull. crim., n°193. Mais la Cour de cassation n'hésite pas à requalifier la saisie effectuée, lorsqu'elle s'analyse en réalité comme une saisie de patrimoine nécessitant l'avis préalable du parquet : Cass. crim., 27 nov. 2012, préc. (cassation). Par ailleurs, il résulte de l'article 706-155, al. 2 du C.P.P. que la saisie spéciale d'une créance figurant sur un contrat d'assurance sur la vie ne peut qu'entraîner la suspension des facultés de rachat, de renonciation et de nantissement de ce contrat, ainsi que l'interdiction de toute acceptation postérieure du bénéfice dudit contrat, l'assureur ne pouvant plus consentir d'avances au contractant. Il n'est donc pas possible de procéder, en application de l'article 706-153 du C.P.P., à la saisie des sommes placées sur ces comptes d'assurance sur la vie : Cass. crim., 30 oct. 2012, Bull. crim., n°229.

²⁴¹² Art. 706-158 du C.P.P. Sur ces différents types de saisies : C. CUTAJAR, Le nouveau droit des saisies pénales, *op. cit.*, p. 129 et 130 ; J.-F. THONY, E. CAMOUS, Gel, saisie et confiscation des avoirs criminels : les nouveaux outils de la loi française, R.I.D.P., 2013, p. 205 et s., spéc. p. 210 et 211.

²⁴¹³ Art. 706-141-1 du C.P.P., créé par la loi du 27 mars 2012, préc. V. Cass. crim., 24 sept. 2014, n°13-88602, E.C.P.B., approuvant une chambre de l'instruction d'avoir fait application de ce texte, même pour un bien acquis bien avant les faits reprochés. La saisie en valeur est d'application immédiate.

²⁴¹⁴ V. G. CLEMENT, B. CLEMENT, *op. cit.*, p. 59, 60 et 63 et s.

²⁴¹⁵ Sur la question : E. CAMOUS, G. COTELLE, La mise en état patrimoniale (...), *op. cit.*, n°8 ; C. CUTAJAR, *op. cit.*, p. 124 à 127 ; A. MIHMAN, La confiscation des profits illicites, Gaz. pal., 11-13 mai 2014, n°131 à 133, p. 9 et s., spéc. p. 10 et 11. Au regard du rôle du juge des libertés et de la détention : P. LE MONNIER DE GOUVILLE, Le juge des libertés (...), *op. cit.*, n°343 et s., p. 248 et s.

²⁴¹⁶ Art. 56, dernier al. du C.P.P., pour le maintien à disposition, lors d'une perquisition, d'une personne présente susceptible de fournir des renseignements sur les objets ou documents saisis. Pour une illustration récente : Cass. crim., 12 juin 2013, Bull. crim., n°139 ; Gaz. pal., 13-15 oct. 2013, n°286 à 288, p. 37, obs. F. FOURMENT ; Art. 61 du C.P.P., s'agissant de la défense de s'éloigner du lieu de l'infraction jusqu'à la clôture des opérations ; Art. 342 du C.P.P., pour le cas du faux

le défèrement²⁴¹⁸, les mandats d'arrêt et de dépôt²⁴¹⁹, le port des menottes ou entraves²⁴²⁰, etc. Même si le conservatoire porte sur les choses et non sur les personnes, le contrôle judiciaire, l'assignation à résidence avec surveillance électronique et la détention provisoire présentent, par certains aspects, un but conservatoire²⁴²¹. Plusieurs obligations du contrôle judiciaire l'illustrent, en particulier celle de fournir un cautionnement dont le montant et les délais de versement sont fixés par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention en fonction des ressources et des charges du mis en examen²⁴²². En logique, les décisions qui prononcent le maintien de ces mesures coercitives possèdent également cette fonction²⁴²³. Il en va de même pour l'interdiction de communiquer imposée par le juge d'instruction au détenu provisoire²⁴²⁴ et l'isolement judiciaire²⁴²⁵ qui permettent d'éviter des collusions frauduleuses ou la disparition des preuves.

452. Synonyme de prévention, la conservation suppose en fin de compte une action préventive. Afin d'éviter des débordements violents (bagarres), la garde à vue préventive des hooligans a été

témoignage devant la cour d'assises ; Art. 354 du C.P.P., concernant la défense faite à l'accusé de quitter le palais de justice pendant le délibéré ; Art. 395 du C.P.P., prévoyant la rétention du prévenu jusqu'à sa comparution immédiate devant le tribunal correctionnel ; Art. 457 du C.P.P., envisageant le faux témoignage devant le tribunal correctionnel ; Art. 695-27 du C.P.P., en ce qui concerne la rétention dans le cadre du mandat d'arrêt européen, laquelle n'est pas une garde à vue, même si les dispositions des articles 63-1 à 63-7 sont applicables : Cass. crim., 13 avril 2010, Bull. crim., n°68.

²⁴¹⁷ Art. 73 du C.P.P. ; V. aussi, art. 627-5, 627-6, 627-14 du C.P.P. (arrestation aux fins de remise à la Cour pénale internationale), 677, al. 2 et 678 du C.P.P. (arrestation en cas d'infraction commise à l'audience), 696-23 du C.P.P. (arrestation provisoire aux fins d'extradition) et 716-5 du C.P.P. ; V. J. SUSINI, Un pouvoir de police : l'arrestation (aspects psychosociologiques), *Rev. sc. crim.*, 1979, p. 901 et s. ; V. surtout, F. FOURMENT, *L'arrestation, menace à la liberté individuelle*, devant le droit français (de source nationale et internationale), Thèse, Paris II, 2 tomes, 1995.

²⁴¹⁸ Art. 803-2 et 803-3 du C.P.P. ; *Adde*, art. 369 du C.P.P.

²⁴¹⁹ Art. 122, 131, 465, 465-1, 469, al. 2, 519, al. 2, 706-20 et 706-21 du C.P.P.

²⁴²⁰ Art. 803 du C.P.P., notamment lorsqu'il s'agit d'éviter la fuite d'un individu.

²⁴²¹ Art. 137, 138, 144, 201, al. 3, 394, al. 3, 396, al. 3 et 397-7 du C.P.P. Ces actes instituent certes « une garantie positive de la bonne marche de l'instruction » (c'est-à-dire un moyen positif d'instruction en ce sens qu'ils permettent « de prescrire des mesures de recherche positives de preuves nécessaires pour faire avancer l'instruction »). Mais ils constituent, pour l'essentiel, « une garantie négative » de la bonne marche de celle-ci en évitant que des éléments viennent la perturber (moyen d'éviter la disparition des preuves, les concertations frauduleuses entre les individus, les pressions sur les témoins ou victimes...) : E. BONIS-GARÇON, *Les décisions provisoires (...)*, *op. cit.*, n°319 à 323, p. 186 à 188 ; R. VOUIN, *in* La détention provisoire, *op. cit.*, p. 191 et 193, écrit déjà que la détention provisoire est « purement conservatoire » et n'a « aucunement le caractère d'un acte d'instruction ». *Adde*, art. 397-3-1 du C.P.P., créé par la loi n°2014-896 du 15 août 2014, préc., applicable le 1^{er} octobre 2014, organisant le placement ou le maintien sous contrôle judiciaire, assignation à résidence avec surveillance électronique, ou en détention provisoire d'une personne jugée coupable par le tribunal correctionnel en cas d'ajournement de la peine aux fins d'investigations sur la personnalité.

²⁴²² Art. 138, al. 2, 11° du C.P.P. ; Art. 142 du C.P.P., énonçant ce que garantit le cautionnement (représentation de la personne poursuivie en justice, réparation des dommages causés par l'infraction...). C'est une mesure conservatoire et provisoire à la fois. Il a été jugé – de manière non surprenante (sur ce point, J. LASSERRE-CAPDEVILLE, *obs. sur* Cass. crim., 21 août 2013, *A.J. pénal*, 2014, *jurisp.*, p. 35, spéc. p. 36) – que « la juridiction d'instruction a le pouvoir d'ordonner un cautionnement destiné en partie à garantir le paiement des sommes dont la fixation relève de l'administration fiscale » : Cass. crim., 21 août 2013, Bull. crim., n°175, préc. En revanche, « les frais de justice criminelle, correctionnelle et de police étant à la charge de l'Etat et sans recours envers les condamnés, le cautionnement auquel est astreinte une personne mise en examen, par une décision de placement sous contrôle judiciaire, ne peut en garantir le paiement » : Cass. crim., 3 oct. 2012, Bull. crim., n°210. Sur cette mesure, V. P. COUVRAT, *Le contrôle judiciaire, in* *Détention provisoire, contrôle judiciaire et garde à vue. Les problèmes soulevés par leur contrôle juridictionnel*, XII^e journées franco-belgo-luxembourgeoises de droit pénal, P.U.F., 1971, p. 105 et s., spéc. p. 110 et 111.

²⁴²³ Art. 179, al. 3, 181, al. 5, 213, al. 2, 215, al. 2, 397-2, al. 3, 397-3 et 464-1 du C.P.P.

²⁴²⁴ Art. 145-4 du C.P.P.

²⁴²⁵ Art. 145-4-1 du C.P.P.

admise par le juge européen sur le fondement de l'article 5 §1 b) de la Convention²⁴²⁶. L'acte coercitif présente un aspect préventif lorsqu'il est accompli à titre de mesure de sûreté. Si les mesures de sûreté visent à prévenir la réitération de l'infraction, notamment la récidive de la part d'une personne dangereuse, elles ne s'analysent pas en des actes coercitifs, bien qu'elles entament la liberté individuelle. Elles apparaissent comme la conséquence d'une peine ou son complément, un aménagement ou une modalité d'exécution de celle-ci²⁴²⁷. En toute hypothèse, elles demeurent davantage des sanctions au sens européen²⁴²⁸. Aux termes mêmes de l'article 137 du C.P.P., le contrôle judiciaire, à travers ses obligations multiples et variées, l'assignation à résidence avec surveillance électronique et la détention provisoire traduisent le mieux ces actes coercitifs effectués à titre de mesure de sûreté²⁴²⁹. C'est déjà évoquer le but d'anticipation de l'acte coercitif auquel il convient de s'attacher à présent.

b) La fonction d'anticipation de l'acte coercitif

453. Acte provisoire, l'acte coercitif anticipe une décision définitive. Il apparaît souvent nécessaire de mettre tout de suite un terme à l'infraction et de prévenir son renouvellement. Conformément au principe de la légalité criminelle, le législateur a conféré aux autorités répressives le pouvoir d'adopter immédiatement des actes coercitifs, c'est-à-dire sans attendre le prononcé du jugement²⁴³⁰. Ces actes, exécutés pour la plupart au stade de l'information, émanent du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention²⁴³¹. Accomplis à titre de mesure de sûreté²⁴³², ils sont donc différents des actes d'instruction²⁴³³. Commandés par l'urgence, ils font sortir le magistrat instructeur de sa fonction

²⁴²⁶ CEDH, 7 mars 2013, *Ostendorf / Allemagne*, n°15598/08 (en anglais); Rev. sc. crim., 2013, p. 653, obs. J.-P. MARGUENAUD, trouvant sur ce fondement – et non sur l'article 5 §1 c) – une justification conventionnelle à une garde à vue de 4 heures imposée à un hooligan durant un match de football et après celui-ci, l'individu ayant été suffisamment prévenu par la police de ne pas quitter un groupe de supporters. Comme le fait remarquer J.-P. MARGUENAUD (obs. préc., p. 656), l'article 5 §1 b) vise l'exécution d'une obligation « prescrite par la loi », or il s'agit ici de l'obligation légale de faire ce que la police a dit de faire.

²⁴²⁷ V. par ex., Cass. crim., 19 mars 2013, Bull. crim., n°66; D., 2014, p. 852, obs. H. GAUMONT-PRAT, à propos de l'enregistrement des empreintes génétiques qui constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée, mais cette mesure est nécessaire « à la sûreté publique et à la prévention des infractions pénales » et elle s'applique « **à toutes les personnes condamnées pour les infractions mentionnées à l'article 706-55 du Code de procédure pénale** ».

²⁴²⁸ V. aussi, qualifiant les mesures de sûreté de sanctions : E. BONIS-GARÇON, Les décisions provisoires en procédure pénale, *op. cit.*, n°205, p. 123. Rapp., E. DREYER, La subsidiarité du droit pénal, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 247 et s., spéc. n°17, p. 260 et 261, pour la privation de liberté résultant de l'hospitalisation d'office « judiciaire » et les autres « mesures » susceptibles d'être décidées et qualifiant la surveillance et la rétention de sûreté de « peines dont on n'ose pas prononcer le nom, faute de pouvoir justifier qu'elles s'ajoutent ainsi aux peines déjà exécutées ».

²⁴²⁹ Pour le prononcé, au titre du contrôle judiciaire, d'une mesure d'interdiction de l'exercice d'une activité professionnelle à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, Cass. crim., 7 mars 2012, Bull. crim., n°65; Procédures, 2012, comm. n°194, obs. J. BUISSON : « Attendu qu'en l'état de ces énonciations, la chambre de l'instruction, qui a caractérisé tant le lien existant entre l'activité de la personne mise en examen et les infractions reprochées **que le risque de renouvellement de celles-ci**, a justifié sa décision au regard des exigences de l'article 138, alinéa 2, 12° du C.P.P. ».

²⁴³⁰ V. C. SILVESTRE, Le principe de la célérité en procédure pénale française, R.R.J., 1996, p. 145 et s., spéc. p. 162, qui évoque « un pouvoir par anticipation ».

²⁴³¹ V. E. BONIS-GARÇON, Les décisions provisoires en procédure pénale, *op. cit.*, n°262, p. 147.

²⁴³² Sur la différence de nature entre les mesures coercitives adoptées au cours de l'instruction et les peines, V. J. LARGUIER, La non-imputation, sur les peines prononcées, des mesures prises pendant l'instruction, *op. cit.*, p. 350 et s.

²⁴³³ V. P. COUVROT, Quelques aspects de l'évolution législative de la procédure pénale, *op. cit.*, spéc. p. 44.

traditionnelle de « chercheur de preuves » ou « d’observateur de la personnalité de la personne mise en examen »²⁴³⁴.

454. Il s’agit, par exemple, de l’ordonnance de refus de restitution des objets placés sous main de justice rendue par le juge d’instruction lorsque cette restitution présente un danger pour les personnes ou les biens, mais aussi lorsque la confiscation de l’objet est prévue par la loi²⁴³⁵. Il s’agit encore de la fermeture temporaire d’un établissement ordonnée par ce magistrat pour des faits de trafic de stupéfiants ou proxénétisme²⁴³⁶, de sa décision de faire cesser une pratique commerciale trompeuse²⁴³⁷ ou celle de suspendre la commercialisation de marchandises ayant donné lieu à des poursuites²⁴³⁸. Le placement sous contrôle judiciaire ou en détention provisoire et son maintien après renvoi du prévenu devant le tribunal correctionnel²⁴³⁹ anticipe aussi la décision définitive²⁴⁴⁰.

455. Restreignant fortement les libertés individuelles, le contrôle judiciaire du mis en examen permet de lui imposer certaines obligations constitutives de mesures de sûreté²⁴⁴¹. Il peut être tenu de se soumettre à un traitement ou à des soins, en particulier subir une cure de désintoxication²⁴⁴². Il peut être privé du droit de conduire des véhicules²⁴⁴³. La détention provisoire peut être également ordonnée à titre de mesure de sûreté²⁴⁴⁴, voire en tant que garantie d’exécution de la peine²⁴⁴⁵. Elle s’apparente d’ailleurs à un pré-jugement si la juridiction appelée à se prononcer sur la culpabilité de l’individu ne fait que « couvrir » cette détention en lui infligeant une peine d’une durée au moins égale²⁴⁴⁶. Les actes

²⁴³⁴ E. BONIS-GARÇON, *op. cit.*, n°101, p. 78.

²⁴³⁵ V. art. 99, al. 4 du C.P.P. Le refus de restitution s’apparente à une mesure de sûreté lorsqu’il tend à éviter un danger pour les personnes ou les biens (prévention). En revanche, il s’agit davantage d’une anticipation de la peine si la restitution est refusée parce que la confiscation de l’objet est prévue par la loi.

²⁴³⁶ Art. 706-33 et 706-36 du C.P.P., ce dernier étant également applicable en matière de traite des êtres humains ou de recours à la prostitution des mineurs. Le préfet – et même le ministre de l’intérieur – dispose de pouvoirs similaires à ceux du juge d’instruction en matière de trafic de stupéfiants : V. art. L. 3422-1, al. 1 (al. 2, pour le ministre) du C.S.P.

²⁴³⁷ Art. L. 121-3 du C. consom.

²⁴³⁸ Art. L. 216-7 du C. consom.

²⁴³⁹ Sur ce point, V. E. BONIS-GARÇON, *op. cit.*, n°162, p. 104, à propos du maintien du prévenu sous contrôle judiciaire jusqu’à sa comparution devant le tribunal.

²⁴⁴⁰ V. G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Le temps dans la procédure pénale*, *op. cit.*, p. 87.

²⁴⁴¹ V. J. PRADEL, Une nouvelle mesure de sûreté à la disposition du juge d’instruction : le contrôle judiciaire, *in* Détention provisoire, contrôle judiciaire et garde à vue. Les problèmes soulevés par leur contrôle juridictionnel, XIIe journées franco-belgo-luxembourgeoises de droit pénal, P.U.F., 1971, p. 165 et s. ; P. COUVRAT, Le contrôle judiciaire, *op. cit.*, spéc. p. 109 à 111 ; P. COUVRAT, Quelques aspects de l’évolution (...), *op. cit.*, p. 42, où il signale que « les mesures contraignantes prises par le juge d’instruction, quel qu’en soit le motif, sont ressenties par l’inculpé comme de véritables sanctions prises avant jugement ».

²⁴⁴² Art. 138, al. 2, 10° du C.P.P. ; V. C. SILVESTRE, *op. et loc. cit.*

²⁴⁴³ Art. 138, al. 2, 8° du C.P.P.

²⁴⁴⁴ Pour une critique, R. VOUIN, La détention provisoire, *op. cit.*, spéc. p. 196.

²⁴⁴⁵ V. R. VOUIN, *op. cit.*, p. 193 ; E. BONIS-GARÇON, *op. cit.*, n°330, p. 192.

²⁴⁴⁶ Car aux termes de l’article 716-4 du C.P.P., la détention provisoire est intégralement déduite de la durée de la peine prononcée. La Cour de cassation a cassé un arrêt de cour d’appel, au visa de cet article, en énonçant « qu’il se déduit de ce texte que la détention provisoire subie à l’étranger pour des faits jugés en France est intégralement déduite de la durée de la peine prononcée » : Cass. crim., 13 mars 2013, Bull. crim., n°64 ; Cass. crim., 5 oct. 2011, Bull. crim., n°196 ; D., 2011, p. 2477, refusant de renvoyer au juge constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité formulée à ce sujet. Sur ce risque, L. LORVELLEC, Remarques sur le provisoire en droit privé, *op. cit.*, p. 403 ; E. BONIS-GARÇON, *op. cit.*, n°300, p. 173.

provisoires fixent finalement un cadre juridique d'attente. Ils ne servent pas à sanctionner l'irrespect ou l'inexécution d'obligations imposées par les autorités publiques. Ce rôle appartient à un autre type d'acte coercitif.

C – L'acte coercitif sanctionnateur

456. L'emploi de cette terminologie appelle d'emblée quelques précisions. Un éclaircissement mérite d'être apporté afin d'éviter toute incompréhension, voire confusion. L'adjectif « sanctionnateur » ne doit pas être entendu dans le sens de sanction pénale. Si l'acte coercitif demeure distinct de la peine, il apparaît de surcroît différent de la sanction en matière pénale, chère à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Liées de façon directe ou indirecte à la répression, les mesures de sûreté se distinguent ainsi de la qualification d'acte coercitif. Par « sanctionnateur », il faut en réalité comprendre que l'acte coercitif constitue une sorte de « sanction procédurale »²⁴⁴⁷. Il sert à vaincre l'inertie des individus. Les O.P.J. et les magistrats l'accomplissent lorsque les personnes n'exécutent pas volontairement leurs obligations ou se soustraient à celles-ci. Cet acte procède alors à une exécution forcée²⁴⁴⁸, de sorte qu'il permet de réaliser le droit²⁴⁴⁹. Dans une formule célèbre, JHERING a souligné que « la réalisation du droit est double : elle est libre ou forcée ».

457. De ce point de vue, beaucoup d'actes coercitifs sont utilisés aux fins de sanction quel que soit le stade de la procédure. Les autorités policière et judiciaire les exécutent contre les personnes qui ne défèrent pas aux convocations, spécialement les témoins. Le concours de la force publique peut être demandé pour les contraindre à comparaître²⁴⁵⁰. Dans le même ordre d'idées, le président de la cour d'assises peut faire sommation à l'accusé de comparaître lorsque celui-ci refuse de se présenter devant ses juges. S'il n'obtempère pas, ce magistrat a le droit d'ordonner qu'il soit amené par la force²⁴⁵¹. Dans l'hypothèse où l'accusé serait absent et ne présenterait aucune excuse valable à l'ouverture de

²⁴⁴⁷ V. E. BONIS-GARÇON, La détention provisoire pour manquement au contrôle judiciaire, *op. cit.* ; V. aussi, C. CARDET, Le principe de subsidiarité de la détention provisoire, *op. cit.*, spéc. p. 306, notant que « cette détention provisoire prononcée à titre de sanction se caractérise par des conditions dérogatoires du droit commun », en cas de conversion du contrôle judiciaire en détention provisoire.

²⁴⁴⁸ L'exécution forcée implique le recours à la contrainte. Le lien entre exécution et coercition est saisissant à la lecture des dictionnaires juridiques. V. aussi, C. BRENNER, L'acte conservatoire, *op. cit.*, n°36 et 37, p. 31 et 32, qui traite du rapport entre « exécution et contrainte ».

²⁴⁴⁹ D'après J. BUISSON, *in* L'acte de police, *op. cit.*, p. 531 et s., p. 1127 et 1128, l'acte de police assure aussi la réalisation du droit. Cette position apparaît logique, puisque l'auteur soutient que la contrainte constitue l'essence de l'acte de police.

²⁴⁵⁰ Art. 61, al. 3, 78, 109, al. 3 et 110, 153, al. 2, 326 et 439 du C.P.P. Ces actes ont également un but probatoire puisque les déclarations des témoins vont généralement permettre la manifestation de la vérité. A cet égard, V. H. MATSOPOULOU, Modalités de la preuve et transformations dans le recueil et l'administration de la preuve, *Arch. pol. crim.*, n°26, Pedone, 2004, p. 141 et s., spéc. p. 169 : « Néanmoins, les impératifs de la recherche de la vérité, principal objectif du procès pénal, justifient la prise de certaines mesures coercitives à l'encontre de simples témoins » ; L. LETURMY, La recherche de la vérité et le droit pénal, *op. cit.*, n°326 à 328, p. 223 et 224.

²⁴⁵¹ Art. 320 et 320-1 du C.P.P. La chambre criminelle a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité fondée sur les articles 317, 319 et 320 du C.P.P. : V. Cass. crim., 19 mai 2010, D., 2010, act., p. 1352.

l'audience de la cour d'assises, la cour a la possibilité de prononcer le renvoi de l'affaire et de décerner mandat d'arrêt contre lui si cela n'a toujours pas été fait²⁴⁵². A l'inverse, tant le président de la cour d'assises que du tribunal correctionnel est autorisé à expulser soit un assistant, soit l'accusé ou le prévenu, qui trouble l'ordre au cours de l'audience²⁴⁵³. Mais ce sont surtout les mandats d'amener, d'arrêt et de dépôt – et la conséquence de ce dernier, la mise en détention provisoire – qui illustrent la notion d'acte coercitif sanctionnateur. Ils permettent d'appréhender la personne poursuivie qui manque à ses obligations. Lorsqu'elle se soustrait aux obligations du contrôle judiciaire, elle peut d'ailleurs être placée en détention provisoire²⁴⁵⁴.

458. Après le prononcé de la sentence pénale, le juge de l'application des peines a lui aussi recours à des actes coercitifs sanctionnant l'inexécution d'obligations. Ils s'analysent comme une réaction au mépris dont fait preuve le condamné à l'égard de ses obligations. C'est le cas des mandats d'amener et d'arrêt délivrés par le juge de l'application des peines, voire du mandat d'amener décerné par le procureur de la République en cas d'urgence et d'empêchement de ce juge et du magistrat qui le remplace²⁴⁵⁵. Ce juge peut en outre ordonner l'incarcération provisoire du condamné, qui fait l'objet d'une mesure de semi-liberté, de placement extérieur ou sous surveillance électronique lorsque celui-ci n'observe pas ses obligations²⁴⁵⁶. Ce genre d'incarcération concerne encore le condamné qui ne respecte pas ses obligations alors qu'il bénéficie d'un sursis avec mise à l'épreuve ou avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, d'un suivi socio-judiciaire, d'une surveillance judiciaire, d'une suspension ou d'un fractionnement de peine ou d'une libération conditionnelle²⁴⁵⁷. Par ailleurs, le juge de l'application des peines dispose du pouvoir de décider de la contrainte judiciaire si le

²⁴⁵² Art. 379-2, al. 2 du C.P.P. Cependant, le troisième alinéa de ce texte précise que les dispositions relatives au défaut en matière criminelle ne sont pas applicables dans les cas prévus par les articles 320 et 322 du C.P.P. En matière correctionnelle, l'article 410-1 du C.P.P. prévoit, sous certaines conditions énoncées au texte, que si le prévenu ne comparait pas, le tribunal peut ordonner le renvoi de l'affaire et, par décision spéciale et motivée, décerner mandat d'amener ou d'arrêt. Après l'arrestation de l'intéressé, les dispositions de l'article 135-2 du C.P.P. sont applicables. *Adde*, l'article 494 du C.P.P. sur l'itératif défaut.

²⁴⁵³ Art. 321 et 322 du C.P.P. ; Art. 404 et 405 du C.P.P.

²⁴⁵⁴ Art. 141-2, 272-1, al. 1 (mandat d'arrêt décerné par le président de la cour d'assises lorsque l'accusé ne se présente pas volontairement au jour fixé pour être interrogé par ce magistrat) et al. 2 (hypothèse de la violation des obligations du contrôle judiciaire notamment) ; Art. 396 *in fine* et 397-3 du C.P.P.

²⁴⁵⁵ Art. 712-17, al. 1 et 2 (mandats du juge de l'application des peines) et 712-17, al. 3 (hypothèse du mandat d'amener décerné par le procureur de la République). Suite à l'arrestation, une procédure de rétention du condamné est mise en œuvre : art. 712-17, al. 5 et s. du C.P.P. ; Cette rétention constitue un acte coercitif conservatoire. Elle peut être suivie d'une incarcération décidée par le juge des libertés et de la détention jusqu'à ce que la personne comparaisse devant le juge de l'application des peines. Cette comparution doit intervenir dans les huit jours ou le mois qui suit, selon qu'il s'agit d'une procédure correctionnelle ou criminelle : art. 712-17, al. 7 du C.P.P. (la règle diffère si la personne est arrêtée à plus de 200 kilomètres du siège du juge de l'application des peines : art. 712-17, al. 8 du C.P.P.). Sur les pouvoirs du juge de l'application des peines, notamment les mandats, V. art. 723-35 (réincarcération et délivrance des mandats en cas d'inobservation par le condamné des obligations et interdictions qui lui ont été imposées), 741 (obligation du condamné de se présenter à chaque fois devant le juge de l'application des peines), 747-3, al. 4 et 763-5, al. 2 du C.P.P.

²⁴⁵⁶ Art. 712-18 du C.P.P. Cette incarcération résulte directement de la suspension de la mesure. Elle est provisoire dans la mesure où un débat contradictoire doit être organisé dans un délai de quinze jours suivant l'incarcération du condamné, à défaut duquel il est remis en liberté : art. 712-18, al. 2 du C.P.P.

²⁴⁵⁷ Art. 712-19 du C.P.P. Un débat contradictoire doit également se tenir dans les quinze jours ou dans le mois s'il doit avoir lieu devant le tribunal de l'application des peines. A défaut, le condamné doit être remis en liberté. *Adde*, art. 747-3, al. 4 du C.P.P., aménageant une incarcération provisoire au cas où le prévenu ne se soumettrait pas aux mesures de contrôle et d'assistance ou aux obligations particulières décidées dans le cadre d'un ajournement de peine.

condamné refuse de s'acquitter d'une ou plusieurs condamnations à une peine d'amende²⁴⁵⁸. L'individu est alors emprisonné pour une durée fixée par ce magistrat dans la limite d'un maximum prévu par la loi en fonction du montant de l'amende ou de leur montant cumulé.

459. Ces quelques développements ont permis de souligner les finalités intermédiaires de l'acte coercitif. Celui-ci est accompli pour préparer le procès pénal en rassemblant les preuves de l'infraction, conserver ces éléments, anticiper la décision définitive ou bien sanctionner les personnes qui ne respectent pas les obligations qui leur incombent. Il apparaît probatoire, conservatoire et provisoire ou sanctionnateur. Certains de ces actes peuvent néanmoins appartenir à deux catégories différentes²⁴⁵⁹. Loin d'être « hermétiques », celles-ci présentent un aspect « perméable ». En revanche, les actes coercitifs ne doivent jamais être détournés de leur finalité principale. Un acte probatoire ne peut pas, par exemple, être utilisé comme un acte sanctionnateur. Cela se produit pourtant lorsque les O.P.J. décident d'un placement en garde à vue uniquement dans le but de punir une personne. Quoiqu'il en soit, la finalité globale de l'acte coercitif, le souci d'efficacité de la procédure pénale en réaction au trouble causé à l'ordre public, se décline en finalités intermédiaires, ce qui témoigne de la difficulté de voir dans la définition fonctionnelle d'un tel acte, une définition adéquate. Ce constat d'échec va se confirmer avec l'étude du partage extrinsèque de cette finalité globale.

§2 – Le partage extrinsèque de la fonction d'efficacité

460. Considérer que la finalité de l'acte coercitif consiste en la sauvegarde de l'efficacité de la procédure pénale face au trouble à l'ordre public, le rapproche indéniablement des décisions provisoires. En effet, celles-ci semblent posséder une fonction très proche en la matière (A). Mieux, cette fonction apparaît même identique à certains principes d'organisation et de fonctionnement de la justice pénale (B).

A – Une fonction quasi-identique aux décisions provisoires

461. Dans une étude de référence consacrée aux décisions provisoires en procédure pénale, le professeur BONIS-GARÇON a montré qu'elles reposent sur l'idée de quête d'une plus grande efficacité de la justice²⁴⁶⁰. Ce souci d'efficacité de la justice pénale constitue une fonction homogène comprenant l'ensemble des décisions provisoires en dépit de leur diversité. C'est livrer une définition

²⁴⁵⁸ Art. 749 du C.P.P. Le juge ne peut ordonner la contrainte judiciaire qu'à certaines conditions énoncées par la loi. Sur cet acte, : art. 749 à 762 (et art. 707-1, al. 3) du C.P.P.

²⁴⁵⁹ Telle une saisie par exemple, qui peut être regardée à la fois comme un acte probatoire et conservatoire.

²⁴⁶⁰ V. E. BONIS-GARÇON, Les décisions provisoires en procédure pénale, *op. cit.*, n°25, p. 38, n°315 et s., p. 184 et s., n°374 et s., p. 224 et s., n°402 et s., p. 239 et s. et n°730, p. 421 et 422.

fonctionnelle, *a priori* similaire à celle retenue pour l'acte coercitif. En réalité, cette identité de fonction se révèle imparfaite.

462. Comme les décisions provisoires, l'acte coercitif tente de restaurer l'ordre public violé en contribuant au bon déroulement de la justice. A l'instar de certaines d'entre-elles, celles causées par l'attente, il s'apparente à une garantie de l'effectivité de la décision définitive en ce sens qu'il est « un moyen de s'assurer que la recherche des preuves et la justice progressent »²⁴⁶¹. A l'image des décisions provisoires qui créent une période d'attente cette fois, il peut être adopté pour « mener une lutte efficace contre les infractions par la répression de l'ensemble des comportements délictueux » et, ce faisant, constitue « un moyen de rendre la sanction inévitable »²⁴⁶². Il s'agit de la quête d'une efficacité objective de la justice pénale. Mais dès qu'on se place sur le terrain de la quête d'une efficacité subjective de la justice²⁴⁶³, autrement dit lorsqu'on s'intéresse aux individus soumis à la répression, l'acte coercitif s'éloigne de leur fonction. Ces décisions provisoires cause de l'attente, et même d'ailleurs certaines causées par l'attente, permettent d'assurer le traitement du délinquant²⁴⁶⁴. Elles restent un « outil de réinsertion des délinquants »²⁴⁶⁵. Elles garantissent une certaine continuité dans leur traitement, ce qui renforce l'efficacité de la justice²⁴⁶⁶. Or, l'acte coercitif ne semble guère correspondre à cette acception subjective de l'efficacité de la justice pénale. Il demeure la plupart du temps étranger à l'idée de traitement pénal des délinquants²⁴⁶⁷. Voilà pourquoi cet acte ne présente pas une fonction totalement identique à celle des décisions provisoires. Mieux vaut évoquer qu'il possède une fonction quasi-identique à celles-ci. Il poursuit en revanche la même finalité que certains principes d'organisation et de fonctionnement de la justice pénale.

B – Une fonction identique à des principes d'organisation et de fonctionnement de la justice pénale

463. Assurer l'efficacité de la procédure pénale face au trouble à l'ordre public n'est pas l'apanage de l'acte coercitif. Certaines institutions de la justice pénale poursuivent un but identique. C'est le cas

²⁴⁶¹ E. BONIS-GARÇON, *op. cit.*, n°317, p. 185, qui explicite sa pensée : « La décision provisoire peut être un gage que la décision sur le fond sera bien rendue. Elle est donc une garantie de l'effectivité de la décision définitive lors de la prise de décision. Elle peut être également un gage de ce que la décision une fois rendue pourra être convenablement exécutée, autrement dit, une garantie de l'effectivité de la décision définitive dans sa mise en œuvre ».

²⁴⁶² E. BONIS-GARÇON, *op. cit.*, n°374, p. 224.

²⁴⁶³ E. BONIS-GARÇON, *op. cit.*, n°388 et s., p. 232 et s.

²⁴⁶⁴ E. BONIS-GARÇON, *op. cit.*, n°405, p. 241. Ces décisions provisoires, cause de l'attente, sont notamment des décisions provisoires « à finalité expérimentale », c'est-à-dire les hypothèses dans lesquelles le droit pénal permet la mise à l'épreuve du délinquant. Tel est le cas des sursis simples, avec mise à l'épreuve ou avec l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, de la libération conditionnelle ou de la réduction de peine (V. n°391, p. 234). Quant aux décisions provisoires causées par la nécessité d'encadrer une période d'attente, elles autorisent le juge d'instruction – ou des enfants – à faire commencer le traitement le plus tôt possible, telle une cure de désintoxication prévue par les articles L. 3424-1 et s. du C.S.P.

²⁴⁶⁵ E. BONIS-GARÇON, *op. cit.*, n°374, p. 224.

²⁴⁶⁶ E. BONIS-GARÇON, *op. cit.*, n°405 et 406, p. 241, n°730, p. 421 et 422.

²⁴⁶⁷ Sauf lorsqu'il s'agit de certaines mesures prises au stade de l'information et qui constituent un traitement, comme certaines obligations du contrôle judiciaire.

lorsque le tribunal correctionnel statue à juge unique ou lorsqu'une procédure de comparution immédiate est décidée (1°). C'est également le cas lorsque le parquet choisit de recourir à une procédure alternative aux poursuites (2°). Cette finalité a encore justifié, du moins à l'origine, l'institution du secret de l'enquête et de l'instruction (3°).

1°- Le tribunal correctionnel à juge unique et la procédure de comparution immédiate

464. En général, la quête d'efficacité de la procédure pénale passe par une certaine célérité. Pour parvenir à celle-ci, le législateur a développé la compétence matérielle du juge unique, en particulier devant le tribunal correctionnel²⁴⁶⁸. La liste des délits qui peuvent être jugés de la sorte apparaît importante. Elle est prévue à l'article 398-1 du C.P.P. Cette progression du juge unique s'explique non seulement par la volonté d'accélérer le cours de la justice²⁴⁶⁹, mais aussi de résorber l'encombrement des juridictions par l'absorption du contentieux²⁴⁷⁰. L'impératif d'efficacité se trouve donc à l'origine du déclin du principe de collégialité²⁴⁷¹.

465. Cependant, la collégialité est préservée lorsqu'il s'agit de juger les délits les plus graves, lorsque le prévenu est en état de détention provisoire lors de sa comparution à l'audience ou bien lorsqu'il est poursuivi au moyen de la comparution immédiate²⁴⁷². Cette procédure répond à l'urgence à punir un individu, souvent récidiviste et auteur d'une infraction ayant porté une atteinte grave à l'ordre public. Elle peut être décidée par le procureur de la République lorsque les charges réunies sont suffisantes et que l'affaire est en état d'être jugée²⁴⁷³. De ce point de vue, elle paraît posséder la même

²⁴⁶⁸ J. PRADEL, La célérité et les temps du procès pénal. Comparaison entre quelques législations européennes, Mélanges R. OTTENHOF, Dalloz, 2006, p. 251 et s., spéc. p. 252 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, Le juge unique en matière pénale. Essai d'un bilan provisoire, Mélanges B. BOULOC, Dalloz, 2007, p. 1001 et s., not. p. 1005 à 1007 ; Y. STRICKLER, Le juge unique en procédure pénale, *op. cit.*, p. 9 et s. ; C. SILVESTRE, Le principe de la célérité en procédure pénale française, *op. cit.*, p. 159. S'agissant en outre de l'ordonnance pénale, cette procédure est adoptée par un juge unique et génère aussi une certaine efficacité : V. art. 495 et s. (délits) et 524 et s. (contraventions) du C.P.P.

²⁴⁶⁹ L. CADIET, Le juge unique en question, in Les juges uniques : dispersion ou réorganisation du contentieux ? (XXI^e colloque des Instituts d'études judiciaires), Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, p. 5 et s., spéc. n°11 à 13, p. 12 à 14.

²⁴⁷⁰ V. A. VITU, Le tribunal correctionnel à juge unique, in Les juges uniques : dispersion ou réorganisation du contentieux ?, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, p. 81 et s., not. p. 87 ; F. CASORLA, La célérité du procès pénal en droit français, R.I.D.P., 1995, p. 521 et s., spéc. p. 545.

²⁴⁷¹ La doctrine fait le lien entre l'efficacité procédurale et le développement du juge unique : V. E. VERGES, La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire, *op. cit.*, n°123, p. 136 et n°296, p. 298 ; J. PRADEL, La procédure pénale française au début du XXI^e siècle, *op. cit.*, p. 344 et 345, qui note : « A quoi bon saisir trois juges pour traiter un vol simple ou des appels téléphoniques malveillants ? » ; E. PUTMAN, Le juge unique en droit privé, in Les juges uniques : dispersion ou réorganisation du contentieux ?, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, p. 125 et s., spéc. p. 125.

²⁴⁷² Art. 398-1 *in fine* du C.P.P. La chambre criminelle a en outre précisé que les prescriptions de l'article 143-1 du C.P.P., selon lesquelles la personne mise en examen ne peut être placée en détention provisoire qu'à la condition d'encourir une peine égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement en matière correctionnelle, ne sont pas applicables à la procédure de comparution immédiate : Cass. crim., 5 oct. 2011, Inédit, n°11-85499 ; J. FICARA, L. ROBERT, L'article 143-1 du Code de procédure pénale « n'est pas applicable à la procédure de comparution immédiate », Dr. pénal, 2012, Etude n°6 ; Cass. crim., 9 mai 2012, Bull. crim., n°109.

²⁴⁷³ Art. 395 du C.P.P.

fonction que l'acte coercitif. La comparution immédiate tend à assurer l'efficacité de la procédure pénale en réaction au trouble à l'ordre public²⁴⁷⁴.

2°- Les procédures alternatives aux poursuites pénales

466. Entre les poursuites pénales classiques et le classement sans suite, le parquet dispose d'une « troisième voie ». Il peut recourir à une procédure alternative aux poursuites en application des dispositions des articles 41-1 ou 41-2 du C.P.P.²⁴⁷⁵. Le premier de ces textes envisage plusieurs mesures : le rappel à la loi, l'orientation de l'auteur des faits vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle, la demande de réparation du dommage né de l'infraction et surtout la médiation pénale. Le second texte prévoit, lui, la composition pénale²⁴⁷⁶. Ces voies alternatives aux poursuites²⁴⁷⁷ ont été consacrées dans un souci de célérité et de désengorgement des tribunaux²⁴⁷⁸. Traitant un contentieux de masse, elles garantissent l'efficacité de la procédure pénale lorsqu'un trouble peu grave a été causé à l'ordre public²⁴⁷⁹. Leur mise en œuvre implique que l'individu reconnaisse les faits reprochés et accepte la mesure proposée²⁴⁸⁰. A l'instar de l'acte coercitif, ces procédures visent alors à sauvegarder l'efficacité du système pénal. Elles permettent d'apporter une réponse judiciaire rapide à une infraction et de réparer le dommage né de celle-ci. Mais elles suscitent des interrogations sur la qualité de la justice ainsi rendue²⁴⁸¹.

3°- Le secret de l'enquête et de l'instruction

467. Aux termes de l'article 11 du Code de procédure pénale, « sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète. Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret

²⁴⁷⁴ V. aussi, sur l'idée : M. NORD-WAGNER, L'urgence en procédure pénale, art. préc., spéc. p. 279.

²⁴⁷⁵ Art. 40-1, 2° du C.P.P.

²⁴⁷⁶ Instaurée par la loi du 23 juin 1999.

²⁴⁷⁷ Bien qu'il ait été montré que la médiation pénale « n'est pas une voie alternative aux poursuites, contrairement à l'initiative de recourir à une composition pénale » : P. CONTE, La nature juridique des procédures « alternatives aux poursuites » : de l'action publique à l'action à fin publique ?, *op. cit.*, n°4 et 5, p. 191 et n°14, p. 198.

²⁴⁷⁸ F. CASORLA, La célérité du procès pénal en droit français, *op. cit.*, p. 549 ; P. CONTE, *op. cit.*, spéc. note n°3, p. 190 : « A qui fera-t-on croire que les procédures alternatives aux poursuites auraient vu le jour si l'engorgement des juridictions n'était pas ce qu'il est ? ».

²⁴⁷⁹ L'intitulé de la loi du 23 juin 1999 est justement significatif de cette quête d'efficacité, puisqu'elle tend à renforcer « l'efficacité de la procédure pénale ». Sur le lien avec l'idée d'efficacité, W. EXPOSITO, La justice pénale et les interférences consensuelles, *op. cit.*, n°720 et s., p. 393 et s. et n°739 et s., p. 405 et s. ; J. PRADEL, La procédure pénale française au début du XXIe siècle, *op. cit.*, p. 346 et 347 ; F. CHOPIN, Vers un nouveau modèle de justice pénale ?, Mélanges R. GASSIN, P.U.A.M., 2007, p. 135 et s., not. p. 135 à 137. *Adde* déjà, La mise en état des affaires pénales, *op. cit.*, p. 107 et 108, à propos de la médiation pénale.

²⁴⁸⁰ Comme en cas de procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (art. 495-7 et s. du C.P.P.), instaurée, en partie, dans une optique d'efficacité de la justice pénale. V. W. EXPOSITO, *op. cit.*, note n°1677, p. 405.

²⁴⁸¹ V. B. PEREIRA, Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ?, D., 2005, chron., p. 2041 et s., not. n°9 à 12 sur la médiation pénale, n°13 à 20 sur la composition pénale ; J. PRADEL, *op. cit.*, p. 347, relevant que « l'idée de célérité à tout prix l'emporte de façon éclatante sur celle de bonne justice ».

professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal »²⁴⁸². « Né d'un choc affectif »²⁴⁸³, ce texte consacre le « secret externe » de la mise en état des affaires pénales²⁴⁸⁴, héritage de l'Ancien Droit²⁴⁸⁵. Bien qu'il soit devenu « un principe à éclipses »²⁴⁸⁶ et que sa violation ne soit pas sanctionnée par la nullité de la procédure²⁴⁸⁷, il a toujours trouvé d'ardents défenseurs²⁴⁸⁸. Longtemps, le secret est apparu comme un moyen d'assurer l'efficacité des enquêtes et, par conséquence, la répression²⁴⁸⁹. Avec la loi du 8 décembre 1897, il se fonde davantage sur la protection de la réputation du mis en examen²⁴⁹⁰. Dans une décision du 23 novembre 2012, le Conseil constitutionnel a précisé, semble-t-il pour la première fois, ses finalités : protection de la vie privée, préservation de l'ordre public et objectif de recherche des auteurs d'infraction²⁴⁹¹. Mais aujourd'hui encore, le souci d'efficacité explique dans une large mesure le maintien de cette institution²⁴⁹². Il faut donc de nouveau se rendre à l'évidence : en procédure pénale, le secret de l'instruction conserve une fonction identique à l'acte coercitif.

²⁴⁸² Sur la liste des personnes assujetties au secret, A. BESSON, *Le secret de la procédure pénale et ses incidences*, D., 1959, chron., p. 191 et s., not. n°26 à 48, p. 193 à 197 ; J. LARGUIER, *Le secret de l'instruction et l'article 11 du Code de procédure pénale*, Rev. sc. crim., 1959, p. 313 et s., spéc. p. 316 et 317. Par ailleurs, le troisième alinéa de l'article 11 du C.P.P. prévoit des « fenêtres d'informations » décidées par le parquet afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public.

²⁴⁸³ Selon J. GRANIER, *in* L'article 11 du Code de procédure pénale. Quelques réflexions sur le secret de l'information, J.C.P., 1958, I, 1453, spéc. n°7.

²⁴⁸⁴ Il est classique d'opposer le « secret interne », c'est-à-dire celui gardé à l'égard du suspect ou du mis en examen non informé des charges pesant à son encontre – considérablement édulcoré désormais – au « secret externe », c'est-à-dire celui gardé à l'égard du public et notamment de la presse. Sur cette distinction, J. LARGUIER, *op. cit.*, spéc. p. 314 ; M. BENILLOUCHE, *Le secret dans la phase préliminaire du procès pénal en France et en Angleterre*, P.U.A.M., 2004, préf. M. DELMAS-MARTY, n°46 et s., p. 35 et s.

²⁴⁸⁵ V. J.-M. CARBASSE, *Secret et justice, les fondements historiques du secret de l'instruction*, *in* Clés pour le siècle, Université Panthéon-Assas, Paris, Dalloz, 2000, p. 1243 et s.

²⁴⁸⁶ A. BESSON, *op. cit.*, spéc. n°57, p. 198 ; *Adde*, sur l'idée, J.-C. SOYER, *Le secret de l'instruction*, *in* La procédure pénale. Bilan des réformes depuis 1993, Dalloz, 1995, p. 75 et s., spéc. p. 77.

²⁴⁸⁷ Cass. crim., 24 avril 1984, D., 1986, jurisp., p. 124, note P. CHAMBON. Sauf si cette violation reste concomitante avec l'accomplissement d'un acte de procédure (Cass. crim., 25 janv. 1996, D., 1996, somm., p. 258, obs. J. PRADEL) et porte atteinte aux intérêts d'une partie (Cass. crim., 19 juin 1995, Dr. pénal, 1995, comm. n°239, note A. MARON), celle-ci devant prouver le grief porté à ses intérêts (Cass. crim., 27 avril 2000, J.C.P., 2000, IV, 2651).

²⁴⁸⁸ Aujourd'hui les vertus de la transparence sont d'ailleurs relativisées : V. J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, n°1361, p. 1269 ; D. SOULEZ-LARIVIERE, *La transparence et la vertu*, Mélanges M. TROPER, Economica, 2006, p. 933 et s., spéc. p. 936 et 937. Sur les différents courants de pensée sur le secret de l'instruction : V. VALETTE, *La personne mise en cause en matière pénale*, *op. cit.*, n°165 et s., p. 104 et s.

²⁴⁸⁹ J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, n°1340, p. 1244 et n°1346 et s., p. 1250 et s. : « Dès le XVI^e siècle, (...) c'est l'ensemble de l'instruction criminelle qui est couverte par le secret, et ce sont d'autres considérations qui sont alors à l'œuvre : essentiellement, désormais, celle de l'efficacité répressive » (n°1357, p. 1264) ; F. BOULAN, *Le secret de l'enquête et de l'instruction*, Etudes offertes à P. KAYSER, P.U.A.M., 1979, t. 1, p. 127 et s., spéc. n°2, p. 129.

²⁴⁹⁰ A. LEPAGE, *Recherche sur la connaissance du fait en droit*, Thèse, Paris XI, 1998, n°624, p. 476 ; V. Cass. crim., 14 mai 2013, Bull. crim., n°106. Sur le droit au respect de la présomption d'innocence du suspect : F. DEFFERRARD, *Le suspect dans le procès pénal*, *op. cit.*, p. 47 à 61.

²⁴⁹¹ C.C., Q.P.C., 23 nov. 2012, n°2012-284, *Mme Maryse L.*, J.O. du 24 nov. 2012, p. 18549, cons. 4 ; R.P.D.P., 2014, chron., p. 129, obs. T.-S. RENOUX et X. MAGNON (décision relative au droit des parties non assistées par un avocat et l'expertise pénale).

²⁴⁹² L'ensemble de la doctrine le note : V. G. CLEMENT, *Le secret de la preuve pénale*, Mélanges B. BOULOC, Dalloz, 2007, p. 183 et s., spéc. p. 185 et s., développant le secret « au regard de l'efficacité des investigations » ; J.-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, *op. cit.*, n°584, p. 621, notant, à propos du secret « interne », que « dans certains cas, l'ignorance est encore maintenue car elle est une condition *sine qua non* de l'efficacité de l'enquête » ; J.-C. SOYER, *op. cit.*, p. 77 ; M. BENILLOUCHE, *op. cit.*, n°135 à 138, p. 84 à 86 ; E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, *op. cit.*, n°124, p. 139 ; V. VALETTE, *op. cit.*, n°168, p. 107 ; D. DECHENAUD, *La clandestinité en procédure pénale*, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 213 et s., spéc. n°4, p. 215.

468. La définition fonctionnelle de l'acte coercitif, utile à sa compréhension, s'avère finalement assez décevante. Elle a certes conduit à une étude approfondie de la nécessité qui constitue le fondement d'un tel acte. Standard juridique englobant l'urgence, cette notion présente des liens étroits avec le concept de proportionnalité. En principe, elle n'exige pas que l'acte coercitif soit absolument indispensable. A l'inverse, elle ne signifie pas qu'il soit simplement utile. La nécessité se situe la plupart du temps entre ces deux pôles. Elle oscille, tel un curseur, en fonction de la lettre de la loi. Celle-ci apparaît surtout avec la suspicion. En effet, ce sont souvent les soupçons résultant de l'apparence qui font naître « les nécessités de l'enquête » ou « de l'information », pour reprendre les termes employés par le Code de procédure pénale. Il aurait semblé logique et, à vrai dire, plus raisonnable, que le juge pénal exerce un véritable contrôle de la nécessité de tous les actes coercitifs. Or, dans certains cas, cet examen se révèle peu satisfaisant, car il reste superficiel, ou pire, inexistant.

469. Affirmer qu'un acte est nécessaire, c'est reconnaître qu'il est le moyen de parvenir à une fin. L'acte coercitif apparaît alors comme le meilleur moyen d'assurer l'efficacité de la procédure pénale face au trouble à l'ordre public. Il s'agit de sa fonction globale. Celle-ci se décompose en fonctions intermédiaires. Ainsi l'acte coercitif peut-il être probatoire, provisoire et conservatoire ou sanctionnateur. Il n'empêche que cette quête d'efficacité de la procédure pénale en réaction au trouble causé à l'ordre public ne lui appartient pas de façon exclusive. Certains principes d'organisation et de fonctionnement de la justice pénale tendent au même but. Malgré les précieux renseignements qu'elle offre, l'approche fonctionnelle demeure donc insuffisante pour définir l'acte coercitif. Elle ne fournit pas les critères intrinsèques de la notion. Ce constat n'a rien d'étonnant au fond. L'existence même de notions fonctionnelles est contestée par une partie de la doctrine et nourrit une controverse importante. De plus, celles-ci ne sont qu'une étape, elles « sont appelées en général à disparaître en se résorbant au moins en partie dans une synthèse supérieure de nature conceptuelle »²⁴⁹³. En d'autres termes, « toute notion fonctionnelle est appelée à devenir conceptuelle après une lente et difficile maturation »²⁴⁹⁴. Ces différentes raisons invitent alors à quitter l'analyse fonctionnelle de l'acte coercitif pour se tourner vers son analyse conceptuelle. Seule la recherche d'une telle définition permettra de souligner les critères de cette notion.

²⁴⁹³ G. VEDEL, La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative, *op. cit.*, n°4.

²⁴⁹⁴ C. JARROSSON, La notion d'arbitrage, *op. cit.*, n°466, p. 227.

CHAPITRE 2 : LA DEFINITION CONCEPTUELLE DE L'ACTE COERCITIF : UNE DEFINITION ADEQUATE

470. Parce qu'elle n'a pas permis de dégager « son caractère « opérationnel » qui caractérise la notion »²⁴⁹⁵, la définition fonctionnelle de l'acte coercitif s'est révélée insuffisante. Les raisons d'un tel échec étaient prévisibles. « Aucune notion » n'est, d'une part, « purement fonctionnelle »²⁴⁹⁶. On enseigne, d'autre part, qu'« il n'est pas de recherche fondamentale en droit sans notions conceptuelles »²⁴⁹⁷. Les mérites de celles-ci sont connus et ont été suffisamment mis en évidence²⁴⁹⁸. De ce point de vue, d'ailleurs, donner une définition conceptuelle de l'acte coercitif aboutirait à restituer l'unité de cette notion. Cela implique de rechercher au moins un de ses critères. Pour être opérant, ce critère doit être commun à tous les actes coercitifs et, en même temps, propre à ceux-ci. Il convient dès lors de s'attacher à l'aspect singulier de cet acte.

471. Un trait apparaît justement récurrent. L'acte coercitif s'analyse comme un acte faisant grief. Au sens général, le grief est un « préjudice d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial qui donne à celui qui s'en plaint intérêt à agir, par exemple à poursuivre l'auteur du dommage, ou plus spécifiquement à exercer un recours contre une décision de justice qui lui est défavorable, ou à invoquer la nullité d'un acte pour un vice de forme qui lui cause préjudice, l'absence de grief rendant au contraire sa demande irrecevable »²⁴⁹⁹. En procédure pénale, une règle essentielle est qu'il n'existe « pas de nullité sans grief »²⁵⁰⁰. Certes, les articles 171 et 802 du C.P.P. n'emploient pas le terme de grief. Ils évoquent une « atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne ». Mais au fond, cette différence de terminologie n'a pas d'incidence²⁵⁰¹. L'idée reste identique. C'est celle de préjudice subi par la personne concernée.

472. Aussi bien, l'acte coercitif génère nécessairement un grief puisqu'il fait fi de l'assentiment de l'intéressé. Qu'il consente ou s'oppose à la mesure, celle-ci pourra dans tous les cas être accomplie. Cependant, l'acte coercitif n'est qu'une catégorie particulière d'actes faisant grief. Car ceux-ci ne sont pas tous coercitifs, loin s'en faut. Il suffit de songer aux actes juridictionnels. S'ils causent sans conteste un grief, la plupart ne possèdent aucun caractère coercitif²⁵⁰². C'est dire que l'acte coercitif

²⁴⁹⁵ Y. GAUDEMET, Les méthodes du juge administratif, *op. cit.*, p. 37.

²⁴⁹⁶ P. DEROUIN, Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition, *op. cit.*, n°4, p. 4.

²⁴⁹⁷ M.-T. CALAIS-AULOY, Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles), *op. cit.*, p. 6.

²⁴⁹⁸ V. M.-T. CALAIS-AULOY, *op. cit.*, p. 5 et 6 ; G. GOUBEUX, La règle de l'accessoire en droit privé, *op. cit.*, n°12, p. 24 et 25.

²⁴⁹⁹ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, *op. cit.*, p. 498, « Grief ».

²⁵⁰⁰ Sur cet adage commun aux procédures civile et pénale, V. H. ROLAND, L. BOYER, Adages du droit français, *op. cit.*, n°316.

²⁵⁰¹ En réalité, « on emploie l'expression "existence d'un grief", terme de procédure civile, par commodité parce qu'elle est plus brève (...) » : J. DUMONT, Nullités de l'information, *Jcl. pr. pén.*, art. 170 à 174-1, fasc. 20, n°66 (ancienne version).

²⁵⁰² Comme les ordonnances d'incompétence, celles de refus d'informer, les arrêts de non-lieu, les décisions de relaxe, etc.

revêt une spécificité supplémentaire. Il ne produit pas un grief ordinaire. Celui-ci consiste en une atteinte aux libertés individuelles. Ces éléments appellent un examen plus approfondi afin de cerner le critère de cet acte et pouvoir élaborer sa définition conceptuelle, la seule adaptée. Il semble alors indispensable de vérifier qu'il fait nécessairement grief, autrement dit qu'il est source d'un grief effectif (**Section I**). Puis, à la question de l'existence du grief, succédera celle de sa consistance. Il faudra étudier en quoi consiste ce grief, c'est-à-dire explorer sa teneur, sa nature profonde. L'acte coercitif demeure en effet source d'un grief spécifique (**Section II**).

Section I – L'acte coercitif, source d'un grief effectif

473. L'acte coercitif présente un avantage indéniable pour les autorités répressives. Il leur permet de s'affranchir de l'assentiment de l'intéressé et même de procéder aux mesures nécessaires contre son gré. Ainsi, le juge d'instruction ne demande pas la permission du mis en examen pour effectuer une perquisition à son domicile ou le placer sous contrôle judiciaire. Inhérente à la définition de l'acte coercitif, l'indifférence au consentement génère donc un grief automatique (§1). Elle cause également un grief direct, propre aux actes coercitifs (§2).

§1 – Un grief automatique

474. Le consentement s'analyse, en substance, comme un accord de volontés existantes et intègres²⁵⁰³. Longtemps hostile à la prise en considération du consentement des personnes poursuivies ou condamnées, le droit pénal contemporain s'oriente désormais dans cette voie en accordant une place beaucoup plus importante au consensualisme²⁵⁰⁴. Néanmoins, la matière demeure largement impérative, l'ordre public ayant pu être fortement troublé par l'infraction. La nécessité d'obtenir l'accord de l'intéressé afin de réaliser un acte apparaît dès lors assez rare. Lorsque les autorités publiques exécutent un acte coercitif, elles ne requièrent pas son consentement. Il subit donc *ipso facto* un grief (A). *A contrario*, ce grief n'existe pas si son consentement est requis (B).

A – L'existence du grief : le consentement non requis

475. Le grief n'est pas subordonné à une fonction spécifique de l'acte coercitif. En outre, il intervient dans presque toutes sortes de procédures. Il est donc à la fois indépendant de la fonction de l'acte (1°) et du cadre procédural (2°).

²⁵⁰³ P. SALVAGE, Le consentement en droit pénal, Rev. sc. crim., 1991, p. 699 et s., spéc. n°1, p. 699.

²⁵⁰⁴ V. P. SALVAGE, *op. cit.*, n°30, p. 715. Pour une définition du consensualisme, J.-P. EKEU, Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, 1992, vol. 12, préf. J. PRADEL, n°5 et 6, p. 2 et 3. La comparaison sur reconnaissance préalable de culpabilité, instituée par la loi du 9 mars 2004 et prévue aux articles 495-7 et s. du C.P.P., témoigne de cette tendance.

1°- Un grief indépendant de la fonction de l'acte

476. Par essence, l'acte coercitif suppose que le consentement de la personne concernée demeure indifférent. Celui-ci n'est pas requis et a encore moins vocation à être pris en considération. Ce grief subsiste quel que soit le type de mesure, qu'il s'agisse d'une mesure d'investigation ou d'une mesure provisoire²⁵⁰⁵. Il se retrouve en effet dans tout acte coercitif, probatoire, provisoire ou sanctionnateur. Il ne dépend donc pas de l'une de ses fonctions. A titre d'illustration, le placement du mis en examen en détention provisoire pour manquement aux obligations du contrôle judiciaire – acte coercitif sanctionnateur – lui fait nécessairement grief, son consentement n'étant pas requis²⁵⁰⁶. La mesure se voit même adoptée contre son gré. Cette analyse est transposable aux actes coercitifs provisoires et conservatoires. Un tel grief existe en cas d'incarcération provisoire du mis en examen ou de fermeture temporaire d'un établissement pour des faits de trafic de stupéfiants ou de proxénétisme.

477. De même, s'agissant de l'acte coercitif probatoire, « le doute impose de prendre les mesures préjudiciables »²⁵⁰⁷. Ainsi les perquisitions n'exigent pas, excepté en enquête préliminaire, de recueillir l'assentiment des personnes chez qui elles ont lieu²⁵⁰⁸. Selon la Cour de cassation, cette mesure « implique la recherche, à l'intérieur d'un lieu normalement clos, notamment au domicile d'un particulier, d'indices permettant d'établir l'existence d'une infraction ou d'en déterminer l'auteur »²⁵⁰⁹. C'est adopter une conception restrictive de la notion en l'absence de définition légale. Cela lui permet d'écarter les règles applicables aux perquisitions dans de nombreuses hypothèses, par exemple lorsque les O.P.J. ne se sont pas introduits au sein d'un domicile²⁵¹⁰ ou bien se sont fait remettre des

²⁵⁰⁵ Sur le consentement à la mesure provisoire, V. X. PIN, Le consentement en matière pénale, L.G.D.J., 2002, Bibl. sc. crim., t. 36, préf. P. MAISTRE DU CHAMBON, n°553 et s., p. 435 et s.

²⁵⁰⁶ Tel est encore le cas, par exemple, des mandats d'amener et d'arrêt délivrés par le juge de l'application des peines lorsque le condamné n'observe pas les obligations qui lui incombent (art. 712-17, al. 1 et 2 du C.P.P.). Il s'agit, là aussi, d'actes coercitifs sanctionnateurs.

²⁵⁰⁷ J.-F. CESARO, Le doute en droit privé, *op. cit.*, n°624, p. 646.

²⁵⁰⁸ Mais « perquisitionner chez un individu, contre le consentement de ce dernier, c'est porter atteinte à l'inviolabilité du domicile ; ne doit-on pas alors, dans le souci de protéger cette inviolabilité, interdire à la police de multiplier à l'envi ces perquisitions et l'obliger à n'y recourir que chez les personnes qui ont l'apparence préalable d'avoir participé au fait délictueux ? » : P. CONTE, Un aspect de l'apparence vraisemblable au stade policier de la procédure pénale, *op. cit.*, n°32, p. 492.

²⁵⁰⁹ Cass. crim., 29 mars 1994, Bull. crim., n°118 ; J.C.P., 1995, I, 3819, n°12, obs. A. MARON ; V. aussi, la formule édulcorée dans un autre arrêt qui participe de la même idée : Cass. crim., 20 sept. 1995, Bull. crim., n°276 ; D., 1996, jurispr., p. 296, note M. PENNEAU ; Rev. sc. crim., 1996, p. 141, obs. J.-P. DINTILHAC.

²⁵¹⁰ V. par ex., Cass. crim., 6 avril 1993, Dr. pénal, 1993, chron. n°59, obs. V. LESCLOUS et C. MARSAT. Dans cette affaire, des policiers s'étaient rendus dans un hôtel et avaient invité par le biais du téléphone intérieur un individu à se rendre dans le hall de l'établissement pour « affaire le concernant ». Cet appel de l'extérieur ne constituait pas une pénétration dans un lieu selon la Cour et ne constituait donc pas une perquisition ; Cass. crim., 29 mars 1994, préc., où les gendarmes s'étaient contentés de prendre, de l'extérieur, des photographies d'objets placés à l'intérieur d'un garage dont la porte avait été ouverte par l'agent immobilier chargé de sa location ; Cass. crim., 24 sept. 2003, Dr. pénal, 2004, comm. n°79, obs. A. MARON ; Cass. crim., 12 fév. 2008 (2 arrêts), n°07-87862 et 07-87753 ; R.P.D.P., 2008, p. 381, obs. C. AMBROISE-CASTEROT ; Procédures, 2008, comm. n°218, note J. BUISSON ; A.J. pénal, 2008, jurispr., p. 244, obs. G. ROUSSEL ; D., 2008, pan., p. 2761, obs. J. PRADEL ; Rev. sc. crim., 2009, p. 893, obs. J. BUISSON. Sur la notion de domicile, la jurisprudence est considérable. La Cour de cassation en retient une conception assez extensive et l'a défini comme « le lieu où une personne a le droit de se dire chez elle, quel que soit le titre juridique de son occupation » : Cass. crim., 13 oct. 1982, Bull. crim., n°218 ; Cass. crim., 24 juin 1987, Bull. crim., n°267.

documents de façon volontaire²⁵¹¹. A côté des perquisitions, mesures faisant grief et qui supposent non seulement une pénétration dans un lieu clos mais aussi une fouille active²⁵¹² de la part des enquêteurs²⁵¹³, subsistent donc des « opérations innomées »²⁵¹⁴ ou « non-perquisitions »²⁵¹⁵, non réglementées par le Code de procédure pénale. Celles-ci ne génèrent pas nécessairement un grief. Elles dépendent parfois du consentement de l'intéressé. L'hypothèse d'une remise spontanée de documents aux O.P.J. en témoigne²⁵¹⁶. Affranchie du formalisme légal assez lourd, une telle remise suppose que l'intéressé joue un rôle actif. Elle ne constitue pas un acte coercitif puisqu'elle repose sur son assentiment²⁵¹⁷. Au contraire, l'individu apparaît passif au cours d'une perquisition, l'activité procédant des enquêteurs qui fouillent son domicile. Il s'agit d'un acte coercitif, sauf dans le cadre de l'enquête préliminaire où l'obtention du consentement demeure nécessaire²⁵¹⁸.

478. Cette jurisprudence aboutit en fin de compte au même résultat que celle relative aux visites de véhicules. En refusant d'assimiler le véhicule au domicile, la Cour de cassation l'a soustrait aux règles applicables aux perquisitions domiciliaires prévues aux articles 56 et suivants du C.P.P.²⁵¹⁹. Longtemps ignorée par le Code de procédure pénale²⁵²⁰, la fouille de véhicules s'analyse pourtant

²⁵¹¹ V. Cass. crim., 20 sept. 1995, préc., à propos de la remise volontaire d'un dossier médical à un O.P.J. qui l'a réclamé mais ne s'est livré à aucune recherche ; Cass. crim., 15 oct. 2002, Dr. pénal, 2003, chron. n°13, obs. C. MARSAT et A. MARON (refus d'assimilation à une saisie) ; Cass. crim., 10 mars 2004, Dr. pénal, 2004, comm. n°97, note A. MARON (1^{ère} espèce) ; R.P.D.P., 2005, p. 416, obs. C. AMBROISE-CASTEROT (absence de perquisition et de saisie dans le fait de consulter des documents sur place et d'en faire des photocopies avec l'accord du dirigeant social).

²⁵¹² Cette condition de la fouille, de la recherche active d'éléments de preuve de l'infraction – ou d'éléments permettant de convaincre l'auteur – a été bien soulignée par la jurisprudence : V. Cass. crim., 14 sept. 2004, Bull. crim., n°206 ; D., 2005, pan., p. 687, obs. J. PRADEL. Dans ses observations, le professeur PRADEL indique justement qu'une perquisition implique « l'ouverture des tiroirs, le sondage des murs, le déplacement des meubles, le fait de “prendre connaissance des papiers, documents ou données informatiques” (art. 56, al. 2 du C.P.P.) ; bref, la perquisition suppose une *modification du monde extérieur, de l'état des lieux pour trouver des indices* » (il souligne).

²⁵¹³ Car une fouille réalisée par des particuliers, sous les yeux des policiers, ne constitue pas une perquisition : V. Cass. crim., 12 fév. 2008, n°07-87862, préc.

²⁵¹⁴ A. MARON, note sous Cass. crim., 10 mars 2004, Dr. pénal, 2004, comm. n°97.

²⁵¹⁵ C. AMBROISE-CASTEROT, obs. sur Cass. crim., 12 fév. 2008, R.P.D.P., 2008, p. 381.

²⁵¹⁶ Le danger de ces mesures apparaît alors nettement : celui de détourner le Code. Il suffit aux enquêteurs « de demander à la personne soupçonnée de livrer elle-même les preuves susceptibles de l'accabler pour éviter de respecter les formes de l'article 76 du C.P.P. Autrement dit, la bonne volonté et la collaboration spontanée de l'individu chez qui l'opération est effectuée “purge” d'éventuelles nullités » : C. AMBROISE-CASTEROT, obs. sur Cass. crim., 10 mars 2004, R.P.D.P., 2005, p. 416. *Adde*, G. ROUSSEL, obs. sur Cass. crim., 12 fév. 2008, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 244, proposant que « la remise spontanée fasse l'objet d'un écrit signé de la main de la personne concernée ».

²⁵¹⁷ Appliquant son raisonnement jusqu'au bout, la Cour de cassation a décidé que la photocopie des documents par les O.P.J. n'est pas une saisie : Cass. crim., 10 mars 2004, préc. La saisie, à l'instar du vol, implique « la soustraction (“prendre, enlever, ravir”) de la chose d'autrui... à la différence qu'elle n'est pas frauduleuse ; elle est légale. (...) Photocopier n'est pas déposséder » : C. AMBROISE-CASTEROT, obs. préc.

²⁵¹⁸ Art. 76 du C.P.P.

²⁵¹⁹ V. not., Cass. crim., 8 nov. 1979 (affaire *Trignol*), J.C.P., 1980, II, 19337, note J. DAVIA ; P. CHAMBON, L'ouverture forcée du coffre des véhicules automobiles, J.C.P., 1980, I, 2983. En revanche, les enquêteurs doivent respecter ces règles lorsque le véhicule constitue un véritable domicile (caravanes, camping-cars, roulottes...). Depuis la loi n°2003-239 du 18 mars 2003, la visite des véhicules spécialement aménagés à usage d'habitation voit son régime expressément aligné sur celui des perquisitions et des visites domiciliaires.

²⁵²⁰ Le juge constitutionnel a exercé sa censure à propos de la loi de 1977 sur les fouilles de véhicules : C.C., 12 janv. 1977, n°76-75 DC, préc., D., 1978, jurisp., p. 173, note L. HAMON et J. LEAUTE. Sur l'interprétation qu'il convient de donner à cette censure, E. PICARD, La police et le secret des données d'ordre personnel en droit français, Rev. sc. crim., 1993, p. 275 et s., spéc. p. 301.

comme un acte coercitif probatoire faisant grief à l'intéressé²⁵²¹. L'article 78-2-3 du C.P.P. prévoit que les O.P.J. n'ont pas à recueillir son consentement. Il suffit qu'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 ». Que l'acte coercitif soit probatoire²⁵²², provisoire ou conservatoire ou bien sanctionnateur, il faut se rendre à l'évidence : il cause nécessairement un grief, dans la mesure où le consentement de la personne concernée n'est pas requis. Ce grief apparaît en plus récurrent.

2°- Un grief indépendant du cadre procédural

479. En procédure pénale, l'absence de recueil du consentement de l'intéressé s'explique aisément. L'action des autorités répressives ne doit pas être subordonnée à son bon vouloir. Si tel était le cas, elles seraient désarmées. Celles-ci peuvent donc accomplir des actes contre la volonté de l'individu en vue d'accroître leur efficacité. Il a d'ailleurs été affirmé que « tous les principes du procès équitable qui gouvernent le droit de la preuve (présomption d'innocence, égalité des armes, principe du contradictoire, principes de loyauté, d'adéquation et de proportion) mais encore les droits substantiels de l'homme (dignité, respect du corps humain, respect du droit à la vie privée) sont, dans une plus ou moins grande mesure, à une occasion ou à une autre, sacrifiés à l'efficacité »²⁵²³.

480. Les autorités publiques n'ont pas à demander l'assentiment de l'intéressé lorsqu'elles agissent en flagrance ou sur commission rogatoire. Par nature, l'enquête sur infraction flagrante et l'information judiciaire sont des procédures coercitives²⁵²⁴. Des suspects peuvent être placés en garde à vue contre leur gré ou en détention provisoire après leur mise en examen dans le cadre de l'instruction. Des perquisitions restent menées d'autorité dans les domiciles. Des véhicules font l'objet de visites malgré l'éventuel refus de leur conducteur²⁵²⁵. Le même principe régit l'enquête portant sur la criminalité organisée, prévue aux articles 706-73 et suivants du C.P.P. Les procédures ainsi diligentées, qu'il s'agisse d'une enquête sur infraction flagrante, préliminaire ou d'une information, permettent aux enquêteurs d'adopter des actes coercitifs et intrusifs. Ils peuvent procéder, sans le

²⁵²¹ Sauf dans le cadre de l'enquête préliminaire. Dans le même sens : P. GAGNOUD, L'extension du droit de fouille des véhicules automobiles depuis la loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001, dite « loi sur la sécurité quotidienne », *Gaz. pal.*, 2002, *doctr.*, p. 1589 et s., *not.* n°7, p. 1591 et n°9, p. 1592. P. CHAMBON, *in* L'ouverture forcée du coffre (...), *op. cit.*, qualifie la fouille des véhicules de « mesure de contrainte ».

²⁵²² D'autres exemples peuvent illustrer la démonstration : la garde à vue, les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, la sonorisation et la fixation d'images...

²⁵²³ G. GIUDICELLI-DELAGÉ, Les transformations de l'administration de la preuve pénale (...), *Conclusions, op. cit.*, *spéc.* p. 185 et 186.

²⁵²⁴ V. aussi, J. PRADEL, note sous TGI Paris, 24 janv. 1985, *D.*, 1985, *jurisp.*, p. 498.

²⁵²⁵ Hypothèse qui ne doit pas être confondue avec certains cas particuliers prévus par la loi, tel l'article L. 233-2 du C. route selon lequel « le fait pour tout conducteur de refuser de se soumettre à toutes vérifications prescrites concernant son véhicule ou sa personne est puni de trois mois d'emprisonnement et de 3750 euros d'amende ». V. *Cass. crim.*, 2 mars 1993, *Dr. pénal.*, 1993, *chron.* n°59, *obs.* V. LESCLOUS et C. MARSAT ; *Cass. crim.*, 18 oct. 2000, *Inédit*, n°00-85251 ; *Cass. crim.*, 9 janv. 2002, *Bull. crim.*, n°2. *Adde.*, P. GAGNOUD, *op. cit.*, n°9, p. 1591.

consentement des individus, à des perquisitions, fouilles de véhicules, interceptions téléphoniques ou, si une instruction est ouverte, à des sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules²⁵²⁶.

481. Ce n'est que lorsqu'ils agissent en enquête préliminaire que ceux-ci ont l'obligation d'obtenir l'accord de la personne concernée. En principe, les enquêteurs ne peuvent pratiquer une perquisition à son domicile sans son assentiment exprès²⁵²⁷. Ils n'ont pas non plus le droit de fouiller d'autorité son véhicule²⁵²⁸. Le recours aux écoutes téléphoniques (sauf dans le cadre d'une enquête préliminaire concernant la criminalité organisée) et à la sonorisation demeure également prohibé. Mais si, à l'origine, ce type d'enquête se caractérise par son absence de coercition, le législateur a développé son aspect coercitif de façon progressive et constante ; à tel point, qu'elle ne peut plus être désormais regardée comme entièrement non coercitive. Voilà pourquoi le grief est **presque** totalement indépendant du cadre procédural au sein duquel l'acte est accompli²⁵²⁹. En outre, l'enquête préliminaire peut fort bien changer de cadre juridique et devenir une enquête sur infraction flagrante, dès lors qu'apparaissent des indices objectifs, apparents, rendant probables la commission d'infractions et recueillis à l'issue d'une procédure régulière. Les investigations prennent un caractère coercitif, elles ne nécessitent plus l'assentiment exprès des intéressés²⁵³⁰. Le droit pénal se présente alors comme « une réserve de contrainte qui est organisée en cadres rassemblant de façon cohérente des actes coercitifs »²⁵³¹.

482. Il est enfin arrivé à la jurisprudence de souligner le grief automatiquement causé aux personnes à l'encontre desquelles les actes coercitifs sont exécutés. Dans un arrêt assez ancien, la cour d'appel de Douai a relevé, avec beaucoup de justesse, que « la loi prescrit aux magistrats et aux

²⁵²⁶ V. la lettre de l'article 706-96 du C.P.P. à propos de la sonorisation ; Cass. crim., 13 nov. 2008, Bull. crim., n°230, visant les articles 706-96, 706-97 et 706-98 du C.P.P. et dont l'attendu reprend la lettre de la loi : « Attendu qu'il résulte de ces textes que le renouvellement d'une autorisation de mise en place d'un dispositif technique ayant pour objet, **sans le consentement des intéressés**, la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel, dans des lieux ou véhicules privés ou publics, ou de l'image de personnes se trouvant dans un lieu privé, doit intervenir avant l'expiration de la mesure précédente » ; Cass. crim., 27 mai 2009, Bull. crim., n°108 (*idem*). V. D. DECHENAUD, La clandestinité en procédure pénale, *op. cit.*, n°20, p. 224 et la note n°60.

²⁵²⁷ Art. 76, al. 1 du C.P.P. Pour une étude de l'évolution de la forme de cet accord, V. G. DENIS, L'enquête préliminaire. Etude théorique et pratique, *op. cit.*, n°329 à 335, p. 254 à 262 ; J. PRADEL, note sous TGI Paris, 24 janv. 1985, préc. Toutefois, on sait que depuis la loi du 9 mars 2004, l'article 76, al. 4 du C.P.P. prévoit une exception importante à ce principe, avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention.

²⁵²⁸ Ils doivent en effet obtenir, à peine de nullité, le consentement préalable de son conducteur – peu importe que celui-ci se rétracte ensuite – : V. Cass. crim., 5 déc. 2000, Inédit, n°00-85041 ; CA Toulouse, 28 fév. 2002, Juris-Data, n°169420 ; P. GAGNOUD, *op. cit.*, n°7 et 9, p. 1591 et 1592. Par ailleurs, l'article L. 130-2 du Code de la route prend soin de préciser que « les fonctionnaires mentionnés à l'article L. 130-1 ne peuvent en aucun cas décider des mesures de garde à vue ni procéder à la visite des véhicules ».

²⁵²⁹ La nuance mérite d'être soulignée car, à l'inverse, il ne faudrait pas conclure au caractère entièrement coercitif de l'enquête préliminaire.

²⁵³⁰ V. Cass. crim., 5 oct. 2011, Bull. crim., n°195, préc., à propos de l'ouverture et de la fouille d'une valise, les O.P.J. ayant forcé les serrures du bagage sans recueillir le consentement des personnes. La chambre criminelle, pour approuver les juges du fond d'avoir rejeté la requête en annulation des prévenus, énonce qu'il existait des indices objectifs, apparents, rendant probable la commission d'infractions et « permettant de modifier le cadre juridique des investigations et de **procéder à la perquisition de la valise sans l'assentiment exprès des intéressés** ».

²⁵³¹ J. BUISSON, L'acte de police, *op. cit.*, p. 577.

officiers de police judiciaire de rechercher les auteurs des crimes, des délits et des contraventions ; qu'elle autorise et régleme, après la mise en mouvement de l'action publique, les inculpations, **les perquisitions, les saisies, la détention préventive, tous actes qui entraînent nécessairement un préjudice certain pour ceux qu'ils atteignent**, alors que la loi elle-même présume innocent le prévenu ou l'accusé jusqu'à l'intervention d'une décision définitive qui n'est pas forcément une condamnation »²⁵³². Eloquente, la formulation de cet arrêt dévoile l'élément central de l'acte coercitif : le grief. Il convient de montrer à présent que le grief n'existe pas si le consentement de l'intéressé s'avère requis.

B – L'inexistence du grief : le consentement requis

483. Si les autorités répressives doivent obtenir l'autorisation de l'individu pour accomplir un acte, c'est qu'il ne s'agit pas d'un acte coercitif. Aucun grief ne lui est causé, du moins à l'origine, puisqu'il a accepté la mesure en connaissance de cause²⁵³³. Le consentement résiste dans ce cas. Les autorités n'ont pas le pouvoir de passer outre. Seulement, pareille résistance paraît de plus en plus exceptionnelle, de sorte qu'elle demeure résiduelle (1°). Cette évolution fait écho au recul progressif du consentement (2°).

1°- La résistance résiduelle du consentement

484. Dans certaines hypothèses, un acte intéressant le procès pénal ne peut être exécuté qu'à condition d'être accepté par la personne concernée. Bien que l'enquête préliminaire soit aujourd'hui assortie de coercition, à laquelle s'ajoute une forte contrainte psychologique²⁵³⁴, elle demeure le terrain d'élection de la résistance du consentement. Au cours de cette enquête, l'intéressé donne pourtant parfois un consentement abdicatif²⁵³⁵. Celui-ci permet « au justiciable d'abandonner un bénéfice légal. Il est une manifestation de volonté par laquelle *le justiciable accepte une mesure pénale et abandonne une prérogative ou une garantie qu'il tient de la loi* »²⁵³⁶.

485. Cette définition souligne le phénomène de renonciation à un bénéfice légal²⁵³⁷. L'abandon de la prérogative en cause apparaît définitif²⁵³⁸ et constitue un acte unilatéral²⁵³⁹. Lorsqu'une personne

²⁵³² CA Douai, 3 janv. 1962, *Etat Français / Lenfant*, J.C.P., 1962, II, 12560 (1^{ère} espèce), note G. VEDEL.

²⁵³³ Toutefois un grief pourrait lui être causé lors de l'exécution de la mesure, si elle se trouvait entachée d'une irrégularité manifeste.

²⁵³⁴ V. J. BUISSON, L'acte de police, *op. cit.*, p. 886. Sur cette notion, V. *infra*, n°513 et s.

²⁵³⁵ Pour une étude exhaustive de ce concept, X. PIN, Le consentement en matière pénale, *op. cit.*, n°392 et s., p. 337 et s. ; V. aussi, C. SOURZAT, La renonciation en procédure pénale, L.G.D.J., 2013, Bibl. sc. crim., t. 56, préf. B. DE LAMY, n°309 et s., p. 176 et s.

²⁵³⁶ X. PIN, *op. cit.*, n°399, p. 344 (il souligne). La définition est presque identique au n°481, p. 388.

²⁵³⁷ V. J.-D. BREDIN, Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français, Travaux de l'Association H. CAPITANT, t. XIII, 1959-1960, Dalloz, 1963, p. 355 et s., insistant sur les difficultés soulevées par cette notion, dans la

consent à ce qu'une perquisition soit opérée à son domicile lors d'une enquête préliminaire, sa décision n'affecte que ses intérêts. Peu importe que sa volonté coïncide avec le souhait du requérant, en l'espèce l'O.P.J., ce n'est pas un contrat qu'elle conclut avec lui²⁵⁴⁰. L'acceptation de la mesure est simplement la conséquence d'un devoir légal²⁵⁴¹. Elle illustre « une limitation de la protection légale des libertés individuelles et des droits de la défense par le recours à la technique abdicative »²⁵⁴².

486. Toutefois, cette renonciation à un bénéfice légal ne saurait être assimilée à une autorisation au sens juridique du terme. Celle-ci constitue, certes, également un acte unilatéral²⁵⁴³. Elle ne se confond pas pour autant avec celle-là²⁵⁴⁴. Alors que la renonciation s'analyse en un acte abdicatif, l'autorisation produit au contraire un effet positif²⁵⁴⁵. Elle a d'ailleurs été définie comme « un acte juridique unilatéral par lequel un agent, l'autorisant, accorde au titulaire d'une prérogative la possibilité de l'exercer, après avoir vérifié que l'activité projetée respectait la protection de certains intérêts, recherchée par la norme qui exige un contrôle préalable »²⁵⁴⁶.

487. L'assentiment à la perquisition donné par le justiciable en enquête préliminaire s'apparente davantage à un consentement abdicatif qu'à une autorisation. Celle-ci modifie la sphère juridique d'autrui. L'acte abdicatif affecte seulement, lui, celle de son auteur²⁵⁴⁷. La qualification de « permission abdicative », proposée par la doctrine, apparaît alors adaptée, car il est possible « d'abdiquer en permettant »²⁵⁴⁸. La permission exclut de manière anticipée le bénéfice d'une protection légale. Cette exclusion s'explique par la « disparition de l'atteinte à l'intérêt protégé »²⁵⁴⁹. Il faut en conclure qu'une mesure effectuée avec la permission d'un individu ne lui cause pas de grief²⁵⁵⁰.

mesure où « le seul trait commun à toutes les renonciations, c'est leur limite » (p. 379). Par ailleurs, un bénéfice légal apparaît comme une disposition qui profite à son titulaire ou qui lui permet de sanctionner la violation de ses intérêts. V. J. CARBONNIER, Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé. Rapport général, Travaux de l'Association H. CAPITANT, t. XIII, 1959-1960, Dalloz, 1963, p. 283 et s.

²⁵³⁸ Le consentement abdicatif étant un acte irrévocable. Sur ce point, V. X. PIN, *op. cit.*, n°415 et s., p. 353 et s.

²⁵³⁹ V. X. PIN, *op. cit.*, n°402 et s., p. 346 et s. C'est encore un acte réceptice (V. n°411 à 414, p. 351 et 352).

²⁵⁴⁰ V. sur l'idée, B. THULLIER, L'autorisation. Etude de droit privé, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, 1996, t. 252, préf. A. BENABENT, n°310, p. 217.

²⁵⁴¹ X. PIN, Le consentement en matière pénale, *op. cit.*, n°407, p. 349. L'auteur soutient, de manière générale, que « le consentement en matière pénale est dénué de pouvoir créateur » (n°390, p. 335, il souligne).

²⁵⁴² X. PIN, *op. cit.*, n°560, p. 439.

²⁵⁴³ V. B. THULLIER, *op. cit.*, n°308 et s., p. 215 et s.

²⁵⁴⁴ V. B. THULLIER, *op. cit.*, n°217 et 218, p. 146 à 148, qui conclut de la sorte : « L'autorisation est un acte juridique qui a une nature propre. Elle ne saurait être qualifiée d'acte abdicatif ».

²⁵⁴⁵ V. B. THULLIER, *op. cit.*, n°393, p. 283, pour qui cette différence « interdit toute assimilation ».

²⁵⁴⁶ B. THULLIER, *op. cit.*, n°324, p. 225 (définition reprise au n°385, p. 281). Avant de proposer cette définition, l'auteur fournit les caractères de l'autorisation, qui est « un acte juridique unilatéral, non réceptice, déclaratif et n'ayant pas par nature d'effet rétroactif » (n°323, p. 225).

²⁵⁴⁷ V. X. PIN, *op. cit.*, n°427, p. 359.

²⁵⁴⁸ V. X. PIN, *op. cit.*, n°429 et 430, p. 360 et 361 (c'est l'auteur qui souligne).

²⁵⁴⁹ X. PIN, *op. cit.*, n°430, p. 361 (il souligne). Il précise encore, à juste titre, que « la logique veut (...) que celui qui permet une mesure pénale irrégulière, ne peut pas ensuite se plaindre d'une atteinte à ses intérêts ».

²⁵⁵⁰ En ce sens également, X. PIN, *op. et loc. cit.* ; Adde, n°583, p. 455 et n°604, p. 474.

488. De ce point de vue, la perquisition menée conformément aux dispositions de l'article 76 du C.P.P. ne fait pas grief à l'intéressé. En consentant à cette mesure – sous réserve évidemment que son consentement soit libre et éclairé et qu'il ait été recueilli dans les conditions légales²⁵⁵¹, celui-ci peut couvrir l'atteinte portée à ses intérêts²⁵⁵². Il renonce à la possibilité de se prévaloir d'une nullité pour l'intrusion des enquêteurs chez lui²⁵⁵³. En somme, si le consentement du particulier se révèle nécessaire à l'accomplissement de la mesure, il ne s'agit pas d'une mesure coercitive. Cet acte ne lui fait pas grief²⁵⁵⁴. Un acte coercitif génère nécessairement un grief. La Cour de cassation a du reste déjà approuvé les juges du fond d'avoir établi un lien entre l'absence de coercition et l'absence de grief subséquente²⁵⁵⁵.

489. Il n'est pas certain que l'ensemble de la doctrine pénale raisonne de cette façon et établisse un tel lien. L'enquête préliminaire est parfois analysée comme une enquête « à coercition conditionnelle »²⁵⁵⁶, l'accord du justiciable formant une condition de mise en œuvre de la contrainte. Dès sa permission abdicative s'opère, il est vrai, « un renvoi à la contrainte naturelle » : en matière de perquisitions, l'article 76, alinéa 3, du C.P.P. renvoie aux articles 56 et 59 du même Code, applicables en enquête de flagrance²⁵⁵⁷. De plus, la contrainte étatique demeure peut-être « sous-jacente car prévue par un titre coercitif » ; « mais sa mise en œuvre est suspendue au *bon vouloir du citoyen* »²⁵⁵⁸. Le refus de donner son consentement abdicatif crée donc un obstacle à l'exécution de l'acte et à la contrainte qui en découle. Les autorités répressives doivent respecter ce choix²⁵⁵⁹. Elles sont tenues d'agir dans un cadre juridique différent si elles souhaitent tout de même pénétrer dans le domicile de l'intéressé. Il manque par conséquent un élément essentiel pour reconnaître à cet acte un caractère coercitif, à savoir l'indifférence au consentement²⁵⁶⁰. Il ne mérite pas d'être qualifié de la sorte puisque la permission abdicative de l'individu reste requise.

²⁵⁵¹ Sur ce point : C. SOURZAT, La renonciation en procédure pénale, *op. cit.*, n°212, p. 127 et 128, n°460, p. 233 et 234, n°732, p. 367 et 368.

²⁵⁵² V. X. PIN, *op. cit.*, n°484, p. 390.

²⁵⁵³ V. X. PIN, *op. cit.*, n°492, p. 395. D'ailleurs, « cette abdication (...) est particulièrement visible puisque le consentement couvre l'opération dans son entier : celui qui autorise une perquisition ne peut revenir sur son agrément. (...) Ce consentement ne peut être rétracté car il a un effet abdicatif ».

²⁵⁵⁴ Sous réserve, encore une fois, que son exécution respecte les conditions légales.

²⁵⁵⁵ V. Cass. crim., 17 déc. 1997, Inédit, n°97-82339 : « Attendu que (...) les juges du fond énoncent que le prévenu, effectivement interpellé à une terrasse de café, **a suivi spontanément les enquêteurs** pour être entendu et **n'a subi aucune atteinte à ses intérêts** ; Qu'en l'état de ces énonciations (...) il n'est pas établi que celui-ci a été conduit par la force devant les services de gendarmerie, alors que de son aveu même, il a suivi les gendarmes de son plein gré, la cour d'appel a donné une base légale à sa décision (...) » (souligné par nous).

²⁵⁵⁶ S. GUINCHARD, J. BUISSON, Procédure pénale, *op. cit.*, n°980.

²⁵⁵⁷ W. EXPOSITO, La justice pénale et les interférences consensuelles, *op. cit.*, n°117, p. 77.

²⁵⁵⁸ W. EXPOSITO, *op. cit.*, n°116, p. 77 (il souligne).

²⁵⁵⁹ Cet obstacle est tout au moins temporaire, sinon définitif. Pour l'écarter, il faut que des indices apparents d'un comportement délictueux apparaissent ce qui permet aux enquêteurs de passer en enquête sur infraction flagrante, ou bien que le parquet ouvre une information.

²⁵⁶⁰ *Contra*, sur le rôle du consentement, W. EXPOSITO, *op. cit.*, n°116, p. 77 et n°119, p. 79, qui relativise l'importance de la volonté de l'individu : « La contrainte étatique existe indépendamment de toute référence à la volonté de l'intéressé, par la seule prévoyance d'un titre. Pour résumer, l'acceptation représente le vecteur de la coercition, elle en symbolise l'élément révélateur et non l'élément créateur » (n°119).

490. Cependant, ce n'est pas parce que la personne concernée octroie son consentement à un acte coercitif, ou à l'une de ses modalités, qu'elle en modifie la nature. Certains actes possèdent par essence un aspect coercitif et font dans tous les cas grief. Ils doivent alors conserver cette qualification, malgré l'assentiment de la personne. En vertu de l'article 142-5 du C.P.P., « l'assignation à résidence avec surveillance électronique peut être ordonnée, **avec l'accord ou à la demande de l'intéressé**, par le juge d'instruction ou par le juge des libertés et de la détention si la personne mise en examen encourt une peine d'emprisonnement correctionnel d'au moins deux ans ou une peine plus grave ». Le décret n°2010-355 du 1^{er} avril 2010 a inséré l'article D. 32-7 dans le Code de procédure pénale, qui précise le moment auquel le magistrat instructeur ou le juge des libertés et de la détention doit recueillir l'accord de la personne mise en examen. C'est soit à l'issue de l'interrogatoire de première comparution ou à l'issue du débat contradictoire sur la détention provisoire, soit dans le cadre d'un interrogatoire réalisé conformément aux dispositions de l'article 121, l'avocat étant dans ce cas convoqué dans les délais prévus à l'article 114. L'accord du mis en examen à une telle mesure doit être donné en présence de son avocat, ou celui-ci dûment convoqué²⁵⁶¹. Il ne faut pas se leurrer sur le caractère de cet acte. Si l'intéressé l'accepte, voire le sollicite, c'est uniquement dans le but d'échapper à la détention provisoire, acte davantage coercitif. Il n'a aucun choix possible en réalité, sauf à subir une coercition nettement plus intense. Mesure intermédiaire entre le contrôle judiciaire et la détention provisoire, l'assignation à résidence avec surveillance électronique génère un grief important et demeure un acte coercitif.

491. Un raisonnement similaire s'applique au contrôle judiciaire. Ses obligations s'imposent à la personne mise en examen indépendamment de son acceptation²⁵⁶². Or, ce principe connaît une exception : le cautionnement pénal. Prévu à l'article 138, alinéa 2, 11° du C.P.P., il est régi par les articles 142 à 142-3 de ce Code. D'après ces textes, l'institution sert surtout à garantir la représentation de l'intéressé à tous les actes de la procédure et l'exécution du jugement ainsi que le respect de ses obligations²⁵⁶³. Elle garantit aussi (seconde partie du cautionnement) le recouvrement des amendes et le paiement de la réparation des dommages causés par l'infraction. Ce dernier objectif nécessite parfois le consentement du mis en examen. C'est le cas lorsque le juge lui réclame le versement d'une

²⁵⁶¹ Art. D. 32-8 du C.P.P. C'était déjà le cas lorsque le contrôle judiciaire consistait à ne pas s'absenter de son domicile ou de la résidence fixée par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention qu'aux conditions et pour les motifs déterminés par ce magistrat, lorsque cette obligation pouvait être exécutée sous le régime du placement sous surveillance électronique, à l'aide du procédé spécifié à l'article 723-8 du C.P.P. Prévue depuis la loi du 9 septembre 2002 à l'article 138, al. 3 du C.P.P., cette possibilité a été supprimée par la loi du 24 novembre 2009 instituant l'assignation à résidence avec surveillance électronique comme mesure à part entière.

²⁵⁶² X. PIN, *op. cit.*, n°554, p. 435, indiquant que « le contrôle judiciaire n'a en principe rien de consensuel : les devoirs qu'il comporte s'imposent sans avoir besoin d'être acceptés ».

²⁵⁶³ La première partie du cautionnement doit être restituée si l'accusé a satisfait à toutes ses obligations : art. 142-2 du C.P.P. ; V. Cass. crim., 11 oct. 2011, Bull. crim., n°198 (cassation).

provision à la victime ou au créancier d'une dette alimentaire qui en a fait la demande²⁵⁶⁴. La Cour de cassation vérifie alors que les juridictions d'instruction ont bien constaté l'existence des conditions légales, la formulation de la demande, d'une part, et le consentement de la personne mise en examen, d'autre part²⁵⁶⁵. Celles-ci doivent accueillir la requête de la partie civile dès que l'intéressé a consenti à effectuer partiellement ce versement²⁵⁶⁶. En définitive, si le consentement du mis en examen est requis, c'est parce qu'il « attire son attention sur l'atteinte qu'il consent à ses droits et implique qu'il renonce par la suite à s'en prévaloir »²⁵⁶⁷. Mais il concerne une simple circonstance dans laquelle le contrôle judiciaire peut être accompli. Il n'a de nouveau aucune incidence sur la nature de cet acte coercitif.

492. Certaines modalités d'exécution de la détention provisoire autorisent encore à conclure en ce sens. Institué par le décret n°2013-368 du 30 avril 2013²⁵⁶⁸, l'article R. 57-6-18 du C.P.P. dispose d'une annexe prévoyant le règlement intérieur type des établissements pénitentiaires. L'article 38 de ce dernier règle le cas de l'encellulement en maison d'arrêt. Si la personne détenue souhaite bénéficier du régime de l'encellulement individuel alors que la distribution intérieure de l'établissement et le nombre de détenus ne le permettent pas, elle peut déposer une requête auprès du chef d'établissement pour être transférée dans la maison d'arrêt la plus proche permettant un tel placement. Dans un délai de deux mois à compter du dépôt de la requête, le chef d'établissement précise à la personne détenue la ou les maisons d'arrêt dans laquelle elle sera susceptible d'être transférée. Si celle-ci accepte l'une ou plusieurs des propositions, il est procédé dans les meilleurs délais à son transfèrement. Dans son avis du 24 mars 2014, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a préconisé de rétablir progressivement l'encellulement individuel pour les détenus les plus vulnérables : détenus handicapés, détenus de plus de 65 ans, malades, étrangers ne comprenant pas la langue française, etc²⁵⁶⁹. S'agissant des personnes prévenues, les dispositions susvisées s'appliquent sous réserve de l'accord du magistrat saisi du dossier de la procédure en application de l'article 715 du C.P.P. Ce consentement abdicatif de la personne détenue ne dénature pas la détention provisoire²⁵⁷⁰ : elle cause toujours un grief et reste un

²⁵⁶⁴ Art. 142-1 du C.P.P. Cet article précise néanmoins, dans son second alinéa, que le versement peut être ordonné, même sans le consentement du mis en examen, lorsqu'une décision de justice exécutoire a accordé à la victime ou au créancier une provision à l'occasion des faits qui sont l'objet des poursuites.

²⁵⁶⁵ V. Cass. crim., 24 août 1993, Bull. crim., n°259.

²⁵⁶⁶ V. Cass. crim., 5 déc. 1991, Bull. crim., n°462. En effet, au cas d'acceptation partielle du versement, celui-ci doit être ordonné dans cette limite. Si « le juge semble donc tenu par l'accord des parties sur la provision, ce qui témoigne de la force remarquable du consentement », la doctrine critique cette solution car « la Haute juridiction a ici attribué au consentement un effet qu'il ne devrait pas avoir. En effet, quand bien même seuls des intérêts privés seraient en jeu, le consentement dont il s'agit doit seulement être considéré comme un consentement abdicatif, qui conduit l'intéressé à renoncer à se prévaloir de l'atteinte momentanée à la présomption d'innocence constituée par la mesure, non d'un consentement qui lie le juge pour le contraindre à prendre une ordonnance de versement. Et l'inconvénient de cette jurisprudence ne manquera pas d'apparaître dans l'hypothèse d'une relaxe ou d'un acquittement » : X. PIN, *op. cit.*, n°556, p. 437.

²⁵⁶⁷ X. PIN, *op. cit.*, n°555, p. 436 (l'auteur souligne). Il s'agirait donc d'un consentement abdicatif.

²⁵⁶⁸ Préc., abrogeant l'article D. 53-1 du C.P.P., texte qui réglait la question de l'encellulement individuel.

²⁵⁶⁹ Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 24 mars 2014 relatif à l'encellulement individuel dans les établissements pénitentiaires, J.O. du 23 avril 2014, texte n°117 ; J.C.P., 2014, 535. Le principe même de l'encellulement individuel, posé par le Code de procédure pénale, apparaît purement théorique, compte tenu de la surpopulation carcérale, avec au 1^{er} mars 2014, une densité de 117,8 % dans les établissements pénitentiaires et de 137,5 % en maisons d'arrêt.

²⁵⁷⁰ Sur cette qualification du consentement, V. X. PIN, *op. cit.*, n°558, p. 438.

acte coercitif, le consentement ne portant que sur une modalité d'exécution de celle-ci, non sur son principe même.

493. Enfin, la même idée se retrouve avec l'extradition consentie, prévue à l'article 696-14 du C.P.P. Elle a fait l'objet d'une Convention européenne du 10 mars 1995²⁵⁷¹. Avant son abrogation par la loi du 9 mars 2004, la loi du 10 mars 1927 relative à l'extradition des étrangers envisageait aussi une procédure simplifiée dans son article 15. L'intéressé déclarait alors renoncer au bénéfice de cette loi et consentait formellement à être livré aux autorités du pays requérant. La cour donnait acte d'une telle déclaration et copie de cette décision était transmise sans retard par le procureur général au Ministre de la justice pour toutes fins utiles²⁵⁷². Mais consentie ou non, toute extradition conserve un caractère coercitif. Elle implique que l'Etat requis s'assure de la personne réclamée et que sa remise soit effectuée avec le concours de la force publique²⁵⁷³. Même si celle-ci accepte d'être livrée à l'Etat requérant, son extradition n'apparaît pas « volontaire ». « Ce dernier épithète est certainement erroné car l'individu qui consent à son extradition n'a généralement pas voulu être extradé. Il ne s'oppose pas à sa remise aux autorités de l'Etat qui le réclame (...) mais il ne réclame pas lui-même d'être extradé »²⁵⁷⁴.

494. Dès lors le Conseil d'Etat avait considéré qu'en dépit du consentement substitutif de l'intéressé²⁵⁷⁵, la décision par laquelle le garde des Sceaux ordonnait sa remise aux autorités étrangères, en exécution d'un décret d'extradition, était défavorable et lui faisait grief. Celle-ci pouvait donc être attaquée par la voie du recours pour excès de pouvoir²⁵⁷⁶. L'extradition consentie ne constitue donc qu'une forme particulière ou simplifiée d'extradition²⁵⁷⁷. Elle demeure une procédure coercitive qui provoque un grief. De manière générale d'ailleurs, les hypothèses dans lesquelles le

²⁵⁷¹ D. RICHARD, Tendances actuelles du droit extraditionnel. Jurisprudence du Conseil d'Etat et Convention européenne du 10 mars 1995, J.C.P., 1996, I, 3917.

²⁵⁷² La chambre criminelle avait jugé, dans le silence de l'article 15 de la loi du 10 mars 1927, que l'arrêt de donné acte du consentement était insusceptible de recours : Cass. crim., 23 nov. 1972, J.C.P., 1973, II, 17428, note A. P. ; Cass. crim., 15 déc. 1993, Bull. crim., n°388. Elle avait néanmoins admis le pourvoi dans l'intérêt de la loi : Cass. crim., 14 janv. 1986, Bull. crim., n°23.

²⁵⁷³ V. G. LEVASSEUR, H. BONNARD, Extradition. Notions générales, Jcl. proc. pén., art. 689 à 696, fasc. 5, n°20. Ils ajoutent qu'« il n'y a pas lieu à procédure d'extradition lorsque *l'emploi de la contrainte n'est pas envisagé* » (n°84 et 85, les auteurs soulignent). On a enfin défini l'extradition comme « toute livraison coercitive d'un individu par un Etat à un autre à des fins pénales » : G. LEVASSEUR, R.I.D.P., 1968, p. 552.

²⁵⁷⁴ F. JULIEN-LAFERRIERE, note sous CE, 27 janv. 1995, *Mme Voss*, D., 1995, jurispr., p. 325, spéc. n°4. D'ailleurs, sous l'empire de la loi de 1927, il a été jugé qu'après un arrêt donnant acte à l'extradable de son consentement à être livré à l'Etat requérant, rien n'interdisait, si sa remise n'avait pas eu lieu, la reprise de la procédure sur le fondement d'un autre titre exécutoire : Cass. crim., 20 mars 1990, Bull. crim., n°122. Voilà pourquoi on a affirmé que « *le consentement du particulier ne lie jamais les autorités répressives* : le consentement n'est que l'expression d'un choix entre deux branches d'une option légale (l'une de droit commun, l'autre dérogatoire) dont la mise en œuvre échappe à son auteur » : X. PIN, *op. cit.*, n°758, p. 585 (il souligne).

²⁵⁷⁵ Cette qualification doit être préférée à celle de consentement abdicatif, le consentement permettant ici aux autorités compétentes de substituer une procédure à une autre. V. X. PIN, *op. cit.*, n°578, p. 451 et 452 et n°759, p. 587.

²⁵⁷⁶ CE, 29 juill. 1994, *Saniman* (2 arrêts), D., 1995, somm., p. 185, obs. F. JULIEN-LAFERRIERE (spéc. la deuxième espèce). Cette solution avait été réaffirmée par CE, 27 janv. 1995, *Mme Voss*, préc.

²⁵⁷⁷ V. déjà, dans le même sens : A. P., note sous Cass. crim., 23 nov. 1972, J.C.P., 1973, II, 17428.

consentement de l'individu est requis et où aucun grief ne lui est causé, se raréfient. Cette évolution apparaît irréversible compte tenu du recul progressif du consentement.

2°- Le recul progressif du consentement

495. Depuis plusieurs années, la coercition se renforce constamment en procédure pénale. Si la catégorie des actes coercitifs s'étend, c'est que les autorités répressives agissent davantage sans recueillir le consentement des personnes concernées. Ce dernier marque un recul certain²⁵⁷⁸. Les perquisitions opérées en enquête préliminaire reflètent cette tendance. Jusqu'en 2004, les enquêteurs n'ont guère de possibilités lorsque l'intéressé s'oppose à l'exécution de la mesure à son domicile, ce dont il a tout à fait droit aux termes de l'article 76 du C.P.P. Afin de contourner l'obstacle consensuel, soit ils recherchent un indice apparent d'un comportement délictueux pour changer de cadre juridique et opérer en enquête de flagrance, soit ils sollicitent l'ouverture d'une information. Or, une troisième possibilité existe selon les dispositions de l'article 76, alinéa 4, du C.P.P., ajoutées par la loi du 9 mars 2004. D'après celles-ci, « si les nécessités de l'enquête relative à un crime ou à un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans l'exigent, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut, à la requête du procureur de la République, décider, par une décision écrite et motivée, que les opérations prévues au présent article seront effectuées sans l'assentiment de la personne chez qui elles ont eu lieu »²⁵⁷⁹.

496. Dans pareille hypothèse, le consentement disparaît. Une garantie lui est alors substituée. Il s'agit de l'autorisation du juge des libertés et de la détention, laquelle permet de se passer de l'assentiment de l'intéressé²⁵⁸⁰. Ce magistrat doit se prononcer sur l'opportunité de la perquisition²⁵⁸¹. Il est tenu, en d'autres termes, de contrôler sa stricte nécessité. Qu'elle se révèle nécessaire ou pas, elle fait en tout cas grief à la personne concernée. Son consentement reste indifférent puisqu'il n'est plus requis. Instaurer une garantie pour le remplacer n'y change rien. Cette technique législative – substituer une garantie au consentement – n'apparaît pas nouvelle. Elle se rencontre surtout dans diverses procédures relevant de « la matière pénale » et tend à se développer nettement en procédure pénale.

²⁵⁷⁸ Sur ce constat, V. aussi, W. EXPOSITO, La justice pénale et les interférences consensuelles, *op. cit.*, n°122, p. 81 et n°123 et s., p. 83 et s.

²⁵⁷⁹ Selon un auteur, « le législateur a présumé à juste titre qu'un terroriste ou plus généralement un criminel organisé n'accepterait jamais une perquisition chez lui » : J. PRADEL, La mauvaise volonté du suspect au cours de l'enquête, Mélanges R. GASSIN, P.U.A.M., 2007, p. 305 et s., spéc. p. 313.

²⁵⁸⁰ Ce juge est devenu, ces dernières années, le garant des libertés individuelles dans un grand nombre de procédures. Mais son institution a permis d'accentuer les atteintes aux libertés (perquisitions coercitives en enquête préliminaire, écoutes téléphoniques au stade des enquêtes de police...) si bien qu'on s'est demandé, à juste titre, s'il n'était pas qu'« un alibi commode » : P. CONTE, Les galeux de la République (...), *op. cit.*, n°5.

²⁵⁸¹ V. à cet égard, B. THULLIER, L'autorisation (...), *op. cit.*, n°399, p. 285.

497. La matière pénale offre de nombreuses illustrations de cette substitution. L'article L. 16 B du Livre des procédures fiscales prévoit que l'autorité judiciaire, saisie par l'administration fiscale, peut autoriser certains agents des impôts à rechercher la preuve de certains agissements frauduleux au moyen de visites domiciliaires et de saisies²⁵⁸². De son côté, l'article 64 du Code des douanes²⁵⁸³ énonce, en substance, que s'ils n'agissent pas en flagrant délit²⁵⁸⁴, les agents des douanes habilités peuvent effectuer des visites de tous lieux, même privés, où des marchandises et documents se rapportant aux délits douaniers visés aux articles 414 à 429 et 459 se trouvent, en vue de rechercher et de constater ceux-ci. N'ayant pas besoin de recueillir le consentement du titulaire du domicile²⁵⁸⁵, il leur faut en revanche obtenir une ordonnance du juge des libertés et de la détention (une pour chaque visite) afin de procéder à une telle visite²⁵⁸⁶. Ce magistrat doit motiver sa décision en indiquant les éléments de fait et de droit qui laissent présumer l'existence des agissements frauduleux dont la preuve est recherchée. Selon l'article L. 450-4 du Code de commerce, celui-ci autorise également par ordonnance les agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence, assistés d'O.P.J., à procéder à des visites de tous lieux ainsi qu'à la saisie de documents et de tout support d'information dans le cadre d'enquêtes demandées par la Commission européenne, le ministre chargé de l'économie ou le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence sur proposition du rapporteur²⁵⁸⁷. Dans ces différentes procédures²⁵⁸⁸, la contrainte demeure médiate en ce sens qu'elle ne peut être mise en œuvre

²⁵⁸² Selon ce texte, modifié par une loi n°2012-1510 du 29 décembre 2012, les présomptions de soustraction à l'établissement ou au paiement des impôts concerne les impôts sur le revenu ou sur les bénéfices ou des taxes sur le chiffre d'affaires en se livrant à des achats ou à des ventes sans facture, etc. Il précise, dans son II, que « chaque visite doit être autorisée par une ordonnance du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter. Le juge doit vérifier de manière concrète que la demande d'autorisation qui lui est soumise est bien fondée ; cette demande doit comporter tous les éléments d'information en possession de l'administration de nature à justifier la visite » (...). En outre, le Conseil d'Etat a décidé que le juge de l'impôt, le juge administratif, peut être saisi de l'appréciation de la régularité d'une visite domiciliaire, dans le cadre d'une procédure de référé-suspension : CE, 9^{ème} et 10^{ème} ss-sect., 10 mai 2007, n°298590, *Winkler*, Procédures, 2007, comm. n°210, note J.-L. PIERRE.

²⁵⁸³ Tel que modifié par la loi n°2008-776 du 4 août 2008. Celle-ci a ajouté que l'ordonnance d'autorisation de la visite rendue par le juge des libertés et de la détention peut faire l'objet d'un appel devant le premier président de la cour d'appel. Elle a donc pris en compte la condamnation prononcée par la Cour européenne contre la France dans l'affaire *Ravon* (CEDH, 21 fév. 2008, *Ravon et autres*, n°18497/03 ; J.C.P., 2008, I, 167, n°10, obs. F. SUDRE ; Rev. sc. crim., 2008, p. 598, obs. H. MATSOPOULOU). Il s'agit d'un progrès, car « on ne peut que se réjouir de voir l'autorité judiciaire mise en mesure de contrôler la proportionnalité d'une ingérence publique dans la sphère privée » : S. RIDEAU VALENTINI, Les droits de la défense en matière pénale douanière, A.J. pénal, 2009, p. 206 et s., spéc. p. 209. Ce texte a encore été modifié par une loi n°2011-94 du 25 janvier 2011.

²⁵⁸⁴ Si tel est le cas, les agents des douanes n'ont évidemment pas à recueillir l'assentiment de l'intéressé. Ils ont le droit d'agir spontanément. Sur ce point : C. J. BERR, H. TREMEAU, Le droit douanier, Economica, 7^{ème} éd., 2006, n°959.

²⁵⁸⁵ V. Cass. crim., 13 juin 1988, Bull. crim., n°267.

²⁵⁸⁶ V. Cass. crim., 30 janv. 1997, Bull. crim., n°43, ne distinguant pas les locaux professionnels des lieux privés.

²⁵⁸⁷ Modifié par la loi n°2009-526 du 12 mai 2009, cet article L. 450-4 a fait l'objet de questions prioritaires de constitutionnalité, mais non transmises au Conseil constitutionnel. La Cour de cassation a affirmé que ses dispositions « assurent un contrôle effectif, par le juge, de la nécessité de chaque visite et lui donnent les pouvoirs d'en suivre effectivement le cours, de régler les éventuels incidents portant notamment sur la saisie, par l'administration, de documents de nature personnelle, confidentielle ou couverts par le secret professionnel et, le cas échéant, de mettre fin à la visite à tout moment » : Cass. crim., 27 juin 2012, Bull. crim., n°163. Il est vrai que le juge des libertés et de la détention doit vérifier que la demande d'autorisation qui lui est soumise est fondée ; cette demande doit comporter tous les éléments d'information en possession du demandeur de nature à justifier la visite. V. déjà, Cass. ch. mixte, 15 déc. 1988, D., 1989, jurisp., p. 189, concl. M. JEOL ; Cass. com., 20 nov. 1990, Bull. civ. IV, n°294.

²⁵⁸⁸ Sans prétendre bien sûr à l'exhaustivité. V. par ex., art. L. 621-12 du C.M.F., modifié par la loi n°2013-672 du 26 juill. 2013, prévoyant la possibilité d'opérer des visites en tous lieux et des saisies pour la recherche notamment des infractions définies aux articles L. 465-1 et L. 465-2 de ce Code.

qu'après l'obtention de la permission du juge. Son autorisation vient en quelque sorte pallier l'indifférence au consentement de l'intéressé.

498. Ce genre de substitution a gagné l'ensemble de la procédure pénale. Bien souvent, le juge des libertés et de la détention et, dans une moindre mesure, le procureur de la République, permettent aux O.P.J. de faire fi de l'assentiment de la personne concernée et d'exécuter des actes contre son gré. Il s'agit dès lors d'actes coercitifs, générateurs d'un grief automatique. Plusieurs exemples témoignent de cette évolution. Outre les perquisitions précitées, menées conformément aux dispositions de l'article 76, alinéa 4, du C.P.P., le législateur a inventé des règles spéciales afin de réprimer le travail dissimulé. Avant d'être jugé inconstitutionnel par une décision du 4 avril 2014²⁵⁸⁹, l'article L. 8271-13 du Code du travail mentionne que « dans le cadre des enquêtes préliminaires diligentées pour la recherche et la constatation des infractions aux interdictions de travail dissimulé, les O.P.J. (...) peuvent, sur ordonnance du président du tribunal de grande instance (...) ou d'un juge délégué par lui, rendue sur réquisitions du procureur de la République, procéder à des visites domiciliaires, perquisitions et saisies de pièces à conviction dans les lieux de travail relevant des articles L. 4111-1 du présent Code et L. 722-1 du Code rural et de la pêche maritime, y compris dans ceux n'abritant pas de salariés, même lorsqu'il s'agit de locaux habités ». A condition que le parquet prenne des réquisitions en ce sens, les O.P.J. peuvent encore entrer dans les locaux professionnels, leurs annexes et dépendances, sauf s'ils sont un domicile, et réaliser certaines vérifications propres à démontrer l'existence d'un travail dissimulé²⁵⁹⁰.

499. Prévus à l'article 706-56 du C.P.P., les prélèvements biologiques destinés à permettre l'identification des personnes par leur empreinte génétique, attestent aussi du recul du consentement en procédure pénale. Sans revenir en détail sur l'évolution juridique des prélèvements d'ADN²⁵⁹¹, il suffit de rappeler qu'avant l'adoption de la loi du 9 mars 2004, l'article 16-11 du Code civil n'offrait aucune indication sur la nécessité du consentement des personnes concernées par ce type d'investigation²⁵⁹². Instaurant la preuve par l'ADN en matière pénale, la loi du 15 novembre 2001 est restée muette à ce sujet. Devant le silence des textes, la doctrine s'est interrogée sur la possibilité pour les enquêteurs de vaincre le refus de l'intéressé²⁵⁹³. Au nom des principes généraux du droit pénal, une juridiction d'instruction a estimé qu'un individu ne peut en principe être contraint à une intervention

²⁵⁸⁹ C.C., Q.P.C., 4 avril 2014, n°2014-387, J.O. du 5 avril 2014, p. 6480. L'abrogation est reportée au 1^{er} janv. 2015.

²⁵⁹⁰ Art. 78-2-1 du C.P.P.

²⁵⁹¹ Pour cela, V. J. PRADEL, La mauvaise volonté du suspect au cours de l'enquête, *op. cit.*, spéc. p. 310 à 312. Sur l'ensemble de la question, J.-R. DEMARCHI, Les preuves scientifiques et le procès pénal, *op. cit.*

²⁵⁹² Si ce texte affirme expressément que le consentement de l'intéressé doit être recueilli, il traite uniquement de la matière civile et des fins médicales ou de recherche scientifique.

²⁵⁹³ V. par ex., C. BYK, La loi relative au respect du corps humain, J.C.P., 1994, I, 3788, n°19. Certains ont affirmé que les enquêteurs ne peuvent passer outre le refus de l'intéressé au nom de la liberté de chacun sur son corps : V. X. PIN, Le consentement en matière pénale, *op. cit.*, n°503 et 504, p. 402 et 403.

sur son corps²⁵⁹⁴. Elle a décidé qu'une expertise génétique systématique de tous les hommes de quinze à trente-cinq ans habitant un village peut être ordonné afin de confondre un meurtrier, mais « avec leur consentement »²⁵⁹⁵.

500. L'article 706-56, II, du C.P.P. prévoit aujourd'hui que le refus de se soumettre au prélèvement biologique constitue un délit puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende²⁵⁹⁶. Pour certains auteurs, le consentement est certes requis, mais il est contraint²⁵⁹⁷. Dans son I, alinéa 5, le texte précise surtout que le prélèvement peut être effectué sans l'accord de la personne, sur réquisitions écrites du procureur de la République, si celle-ci a déjà été condamnée pour crime ou déclarée coupable d'un délit puni de dix ans d'emprisonnement²⁵⁹⁸, ou depuis la loi n°2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale²⁵⁹⁹, si elle est poursuivie pour un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement et ayant fait l'objet d'une décision d'irresponsabilité pénale en application des articles 706-120, 706-125, 706-129, 706-133 ou 706-134. Le législateur a donc instauré un acte coercitif, générateur d'un grief automatique, lorsque le suspect possède de lourds antécédents judiciaires et que le parquet souhaite passer outre son opposition. L'acte ne peut être opéré contre son gré qu'à ces conditions²⁶⁰⁰. L'autorisation du procureur vient à nouveau se substituer au consentement. Cette disposition soulève néanmoins des interrogations, notamment celle de savoir comment va se

²⁵⁹⁴ L'adage *Noli me tangere* suppose bien l'exclusion de toute intrusion dans le corps humain.

²⁵⁹⁵ CA Rennes (ch. acc.), 14 août 1997, D., 1998, somm., p. 160, obs. H. GAUMONT-PRAT. La Cour de cassation a quant à elle refusé d'annuler le procès-verbal de saisie d'un mégot de cigarette lors de l'audition d'un témoin. Bien que cette saisie ait été opérée avec l'accord de l'intéressé, celui-ci n'a pas été informé qu'elle était destinée à une analyse d'ADN, permettant de le confondre : Cass. crim., 30 avril 1998, Rev. sc. crim., 2001, p. 607, obs. A. GIUDICELLI. Cette solution est à présent consacrée par la loi : V. art. 706-56, al. 4 du C.P.P.

²⁵⁹⁶ Deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende si l'auteur du refus a été condamné pour crime. Selon le juge constitutionnel, le législateur n'a pas institué une peine manifestement disproportionnée : C.C., Q.P.C., 16 sept. 2010, n°2010-25, *M. Jean-Victor C. (Fichier empreintes génétiques)*, J.O. du 16 sept. 2010, p. 16847, cons. 25. Il prend également soin de souligner que le délit prévu par le paragraphe II de l'article 706-56 ne figure pas dans les infractions mentionnées à l'article 706-55 autorisant le prélèvement biologique. Il en déduit que les dispositions du paragraphe II de l'article 706-56 ne portent atteinte à aucun des droits et libertés invoqués. Pour un refus de renvoi ultérieur au Haut conseil d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à diverses questions intéressant les prélèvements biologiques : Cass. crim., 11 juill. 2012, Inédit, n°12-81533.

²⁵⁹⁷ C. HARDOUIN-LE GOFF, Le consentement du délinquant ou l'entretien d'une illusion dans le procès pénal, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 343 et s., spéc. p. 351.

²⁵⁹⁸ Selon la chambre criminelle, une mesure de protection judiciaire prononcée à l'égard d'un mineur par un tribunal pour enfants ne constitue pas une condamnation pénale permettant, en vertu de l'article 706-54, al. 1 du C.P.P., l'inscription au fichier national automatisé des empreintes génétiques : Cass. crim., 12 sept. 2007, D., 2007, notes, p. 2981, note S. DETRAZ. Pour des développements sur ce point, J.-R. DEMARCHI, *op. cit.*, n°570 et s., p. 311 et s. Par ailleurs, pour les personnes condamnées à une peine inférieure, il faut signaler que le prélèvement ne peut être effectué que dans le délai d'un an à compter de l'exécution de la peine comme le prévoit l'article R. 53-21 du C.P.P. : Cass. crim., 10 juin 2009, Bull. crim., n°120 ; Cass. crim., 17 juin 2014, n°13-80914, E.C.P.B. ; D., 2014, p. 1328 ; Procédures, 2014, comm. n°252, note A.-S. CHAVENT-LECLERE.

²⁵⁹⁹ J.O. du 11 mars 2010, p. 4808.

²⁶⁰⁰ Certes, le prélèvement des empreintes génétiques des individus est finalement peu coercitif. Mais lorsqu'il l'est, ce recours à la force apparaît contraire à notre tradition législative : V. déjà, bien avant la découverte des empreintes génétiques, R. MERLE, *Le corps humain, la justice pénale et les experts*, J.C.P., 1955, I, 1219, n°6, qui écrivait à propos de l'inculpé : « Mais, fût-il prisonnier, la Justice ne peut rien sur son corps. Elle ne peut le frapper ; elle ne peut pas davantage lui extraire par effraction les secrets que recèle sa constitution biologique ». D'ailleurs, pour la doctrine, « cette disposition est très grave. C'est la première fois que le législateur français accepte des prélèvements forcés, en l'occurrence à visée de constitution de fichiers génétiques » : C. AMBROISE-CASTEROT, *Le consentement en procédure pénale*, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 29 et s., spéc. p. 36.

dérouler en pratique ce prélèvement forcé²⁶⁰¹. En matière de prélèvements d'ADN, la loi cumule parfois coercition et menace de peine²⁶⁰².

501. Dans son rapport d'étape sur la phase préparatoire du procès pénal remis au garde des Sceaux le 9 mars 2009, le Comité de réflexion sur la justice pénale (la commission LEGER) envisageait enfin d'instituer un juge de l'enquête et des libertés disposant de pouvoirs importants²⁶⁰³. Il préconisait de maintenir la distinction flagrance-préliminaire. Mais le comité considérait que « les actes d'enquête les plus intrusifs »²⁶⁰⁴, comme les écoutes téléphoniques, la sonorisation et la perquisition, « hors flagrance et hors accord de l'intéressé », ne peuvent être ordonnés que par un juge. Le procureur de la République doit donc saisir le juge de l'enquête et des libertés afin d'utiliser de tels moyens d'investigation²⁶⁰⁵. Celui-ci a pour fonction de contrôler « la nécessité et la proportionnalité des atteintes aux libertés individuelles pouvant être décidées au cours de la phase préparatoire au procès pénal ». Ce rapport ne prévoyait donc pas de restaurer le consentement des justiciables. Bien au contraire, il souhaitait généraliser cette technique législative consistant à obtenir d'un magistrat, en principe le juge des libertés et de la détention, l'autorisation d'exécuter une mesure coercitive²⁶⁰⁶. Un grief existe incontestablement dans ce cas puisque la permission de l'intéressé n'est pas requise. Propre à l'acte coercitif, ce grief n'est pas seulement automatique. Il possède un autre caractère. Il apparaît de surcroît direct.

§2 – Un grief direct

502. Par définition, l'acte coercitif implique de ne pas tenir compte de la volonté du justiciable. Il est même accompli contre son gré la plupart du temps. Parce qu'il permet de procéder à une exécution forcée, si nécessaire, le grief qui découle de cet acte est direct. Cet élément s'avère essentiel. Il permet de distinguer les actes coercitifs d'autres actes qui, en dépit de leur ressemblance, se révèlent distincts. Affirmer qu'un acte coercitif génère forcément un grief direct, c'est poser un critère supplémentaire de

²⁶⁰¹ V. les remarques et interrogations fondées de J.-R. DEMARCHI, *in* Les preuves scientifiques et le procès pénal, *op. cit.*, n°367, p. 191 : « L'individu devra-t-il être attaché et maintenu par plusieurs policiers ? Comment pourra-t-on, par exemple, le contraindre à ouvrir la bouche pour récolter quelques cellules buccales ? Préférera-t-on le soumettre à un prélèvement sanguin, ligaturé sur un lit spécifiquement adapté à ce type de pratiques ? Si les textes devaient être strictement appliqués, on n'ose à peine imaginer le type de comportements qu'ils permettraient, notamment face aux individus fermement décidés à ne pas collaborer à une pareille mesure. A la lecture de l'article 706-56 alinéa 5 du Code de procédure pénale, on en arrive à douter que le législateur ait pleinement pris conscience des conséquences pratiques que cette disposition pouvait engendrer ».

²⁶⁰² J. PRADEL, *op. cit.*, p. 312.

²⁶⁰³ V. Rapport d'étape sur la phase préparatoire du procès pénal. Troisième proposition, *in* Dr. pénal, 2009, dossier n°2.

²⁶⁰⁴ La distinction à laquelle procède le rapport entre « actes intrusifs » et « actes coercitifs » n'emporte, selon nous, aucune conséquence au fond. Elle semble en réalité fondée sur la liberté qui est atteinte. Les actes intrusifs attenteraient au droit au respect de la vie privée, alors que les actes coercitifs porteraient eux atteinte à la liberté d'aller et venir. Or, nous considérons que les actes intrusifs s'intègrent dans la catégorie plus large des actes coercitifs.

²⁶⁰⁵ Le rapport ajoutait d'ailleurs que les actes coercitifs relèvent également de la compétence de ce juge. Celui-ci peut, sur la demande du procureur, délivrer des mandats d'amener ou d'arrêt, mais aussi prolonger une mesure de garde à vue au-delà de 48 heures, placer un mis en cause sous contrôle judiciaire, voire en détention provisoire.

²⁶⁰⁶ Pour un regard critique sur cette « révolution procédurale », V. P. CONTE, Les propositions du pré-rapport du comité de réflexion sur la justice pénale, Dr. pénal, 2009, Etude n°11, spéc. n°3.

cette notion. Cela invite à analyser les modalités de la contrainte, car celle-ci s'exerce de diverses façons et revêt plusieurs aspects. Dès lors un grief direct existe-t-il dans tous les cas ? S'il se retrouve dans les modalités classiques de la contrainte (A), il semble au contraire absent dans l'une de ses modalités spécifiques (B).

A – Présence d'un grief direct dans les modalités classiques de la contrainte

503. Accordé par le législateur, le pouvoir de coercition ne provient pas systématiquement de la décision d'un magistrat. Il émane aussi des enquêteurs qui agissent *proprio motu*. La coercition présente déjà des différences du point de vue de ses modalités d'intervention. En outre, elle est exercée à l'encontre des personnes, mais porte également sur les biens. Elle n'a donc pas toujours le même objet. Sa mise en œuvre génère en tout cas un grief direct. C'est dire que ce grief apparaît compatible avec la contrainte médiate et immédiate d'une part (1°), avec la contrainte sur les personnes et celle sur les biens d'autre part (2°).

1°- Un grief compatible avec la contrainte médiate et immédiate

504. Les auteurs qui se sont intéressés à la coercition, ont pris soin de distinguer entre contrainte médiate et immédiate²⁶⁰⁷, encore dénommée indirecte et directe²⁶⁰⁸. La contrainte intervient en effet de deux manières distinctes. Si elle « réalise toujours la norme substantielle en appliquant la norme de contrainte, elle le fait soit immédiatement, soit de façon médiate en exécution d'un acte administratif ou d'un jugement »²⁶⁰⁹. En procédure pénale, le législateur prévoit parfois l'intervention d'un magistrat afin de procéder à des mesures coercitives. Il s'agit d'une étape préalable d'autorisation²⁶¹⁰. Cependant, tous les actes coercitifs ne sont pas effectués pour exécuter des jugements auxquels ils s'incorporent²⁶¹¹. En réalité, que la coercition soit exercée après accord d'un magistrat, de façon médiate, ou qu'elle le soit d'office, de façon immédiate, elle fait directement grief à l'intéressé. Son « origine » importe peu. Elle n'a même aucune incidence sur le caractère direct du grief. Dans les deux cas, l'acte est accompli sans le consentement du justiciable, voire contre sa volonté. Il produit une atteinte identique aux libertés individuelles, puisqu'il permet de recourir à une exécution forcée. Le grief apparaît donc direct et, au fond, seul cet élément compte.

²⁶⁰⁷ V. not., J. BUISSON, L'acte de police, *op. cit.*, p. 294 à 299.

²⁶⁰⁸ V. par ex., W. EXPOSITO, La justice pénale et les interférences consensuelles, *op. cit.*, n°58 à 66, p. 52 à 55. Mais M. BUISSON ne retient pas ces termes. Il préfère employer ceux d'« immédiate » et de « médiate » parce qu'ils apportent « une clarification certaine dans ce domaine où, la terminologie variant d'un auteur à l'autre, les notions n'ont pu se fixer avec une précision suffisante, indispensable à la technique du droit » (J. BUISSON, *op. cit.*, p. 450 et la critique de la distinction d'Otto MAYER dans la note n°5). Pour éviter toute équivoque, nous adopterons la terminologie utilisée par cet auteur.

²⁶⁰⁹ J. BUISSON, *op. cit.*, p. 296. Il fournit la même approche p. 450.

²⁶¹⁰ W. EXPOSITO, *op. cit.*, n°63, p. 54.

²⁶¹¹ En ce sens également, J. BUISSON, *op. cit.*, p. 297 et p. 674 et 675.

505. L'enquête sur infraction flagrante illustre parfaitement la notion de contrainte immédiate. Elle renferme bon nombre d'actes coercitifs auxquels les O.P.J. procèdent de leur propre chef. Ceux-ci ont la possibilité, sous certaines conditions, d'arrêter un suspect²⁶¹², de le placer en garde à vue²⁶¹³ ou bien de lui imposer une fouille corporelle. Pour collecter des indices, ils peuvent mener des perquisitions au domicile des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés²⁶¹⁴ et pratiquer des fouilles de véhicules²⁶¹⁵. De même, le juge d'instruction peut diligenter une perquisition lors d'une information²⁶¹⁶ ou placer le mis en examen sous contrôle judiciaire²⁶¹⁷. Le juge des libertés et de la détention reste toutefois compétent pour ordonner son placement en détention provisoire²⁶¹⁸. Aucun de ces actes ne requiert une autorisation pour être accompli. Ils causent tous un grief direct à la personne concernée. Son consentement n'est pas requis et il lui est impossible de s'opposer à leur exécution. Elle subit par conséquent une atteinte directe à ses libertés individuelles.

506. La même analyse s'impose lorsque la contrainte est médiata. Sa mise en œuvre implique nécessairement l'intervention préalable d'un magistrat. Les écoutes téléphoniques opérées en enquête préliminaire ou de flagrance portant sur une infraction qui relève de la criminalité organisée²⁶¹⁹, doivent être autorisées par le juge des libertés et de la détention²⁶²⁰. Si une information est ouverte pour une infraction de ce genre, le juge d'instruction peut autoriser les enquêteurs agissant sur commission rogatoire à recourir à des sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules²⁶²¹. Bref, les O.P.J. ne sont jamais compétents pour procéder d'office à de telles investigations. Ces actes coercitifs occasionnent pourtant un grief direct aux individus concernés. En effet, leur accord n'est pas nécessaire. Il en résulte dès lors une atteinte directe au droit au respect de leur vie privée.

507. Un dernier exemple montre la compatibilité entre grief direct et contrainte médiata. Il s'agit de l'examen médical et de la prise de sang sollicités par un O.P.J. qui agit au cours d'une enquête ou sur

²⁶¹² Art. 73 du C.P.P. Un simple particulier possède également ce droit.

²⁶¹³ Art. 62-2 du C.P.P. ; Art. 63 du C.P.P., édictant que « **seul un officier de police judiciaire peut, d'office** ou sur instruction du procureur de la République, placer une personne en garde à vue ».

²⁶¹⁴ Art. 56 du C.P.P.

²⁶¹⁵ Art. 78-2-3 du C.P.P.

²⁶¹⁶ Art. 92 et 94 du C.P.P.

²⁶¹⁷ Art. 137-2 du C.P.P. Le juge des libertés et de la détention peut également le prescrire lorsqu'il est saisi, selon le second alinéa de ce texte.

²⁶¹⁸ Art. 137-1 du C.P.P.

²⁶¹⁹ Tels les crimes et délits de trafic de stupéfiants prévus par les articles 222-34 à 222-40 du C.P., les crimes et délits aggravés de proxénétisme prévus par les articles 225-7 à 225-12 du C.P. ou les crimes et délits constituant des actes de terrorisme prévus par les articles 421-1 à 421-6 du C.P., etc. Sur la liste : art. 706-73 du C.P.P.

²⁶²⁰ Art. 706-95 du C.P.P.

²⁶²¹ Art. 706-96 du C.P.P. Ces actes témoignent de la « révolution procédurale » opérée depuis quelques années. Les écoutes téléphoniques sont aujourd'hui autorisées lors d'une simple enquête préliminaire. Or, cela était inconcevable il y a encore dix ou vingt ans : V. P. CONTE, Les propositions du pré-rapport du comité de réflexion sur la justice pénale, *op. cit.*, n°3.

commission rogatoire²⁶²². Pratiqués sur une personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants d'avoir commis un viol, une agression sexuelle ou certaines atteintes sexuelles, ces actes servent à vérifier qu'elle n'est pas atteinte d'une maladie sexuellement transmissible²⁶²³. Le professionnel de santé, chargé de les pratiquer, doit « s'efforcer d'obtenir le consentement de l'intéressé » (*sic*)²⁶²⁴. Mais l'article 706-47-2, alinéa 3, du C.P.P. envisage de passer outre son refus, en particulier lorsque la victime le demande ou si son intérêt le justifie²⁶²⁵. Le procureur de la République ou le juge d'instruction est tenu de verser, à cette fin, des instructions écrites au dossier de la procédure. L'atteinte portée aux libertés individuelles, plus précisément à l'inviolabilité du corps humain en ce qui concerne la prise de sang, revêt ici un caractère direct. Le législateur permet de recourir à l'exécution forcée, ce qui constitue une innovation²⁶²⁶. Or, la contrainte ne présente qu'un aspect indirect. Cette compatibilité du grief s'observe s'agissant d'autres modalités de la contrainte.

2°- Un grief compatible avec la contrainte sur les personnes et celle sur les biens

508. Il serait inexact de croire que la coercition est uniquement dirigée contre les personnes en procédure pénale. Elle intéresse également les biens. A cet égard, celle-ci s'exerce de diverses manières dans la mesure où elle n'a pas nécessairement la même fonction. L'acte coercitif qui porte sur un bien possède une finalité probatoire, parfois plus conservatoire. Il suffit de songer aux fouilles de véhicules ainsi qu'aux perquisitions et saisies. Considérée comme le but d'une perquisition lorsqu'elle lui est consécutive, la saisie a pour objet essentiel d'éviter le dépérissement d'éléments de preuve²⁶²⁷. Elle consiste dans le placement sous main de justice d'objets, de documents ou de données informatiques utiles à la manifestation de la vérité, qui constituent des pièces à conviction²⁶²⁸. Elle peut aussi être ordonnée hors perquisition. Tel est notamment le cas en matière financière pour les

²⁶²² Art. 706-47-2 du C.P.P.

²⁶²³ Comme on l'a fait remarquer ce prélèvement n'a donc pas de « finalité probatoire » ou « investigatrice » (au sens où l'on ne recherche pas la preuve de la culpabilité d'un individu). Il poursuit simplement « un but prophylactique » : J.-R. DEMARCHI, Les preuves scientifiques et le procès pénal, *op. cit.*, n°368, p. 192.

²⁶²⁴ Art. 706-47-2, al. 2 du C.P.P. L'imprécision de cette expression a été soulignée : V. C. AMBROISE-CASTEROT, Les prélèvements corporels et la preuve pénale, Mélanges P. JULIEN, Edilalix, 2003, p. 9 et s., spéc. p. 16 : « "S'efforcer ?" Qu'est-ce que l'expression signifie exactement ? Il semblerait que le législateur ait entendu astreindre l'expert à une obligation de moyen, pas de résultat ».

²⁶²⁵ Ainsi toute victime mineure de viol, d'agression ou d'atteinte sexuelles a le droit d'exiger la réalisation d'exams destinés à vérifier si le suspect n'est pas atteint d'une maladie sexuellement transmissible. Mais cette possibilité s'appliquera surtout en cas de viol, lorsque apparaît un risque effectif de transmission du VIH.

²⁶²⁶ En ce sens, C. AMBROISE-CASTEROT, *op. et loc. cit.*, soulignant qu'avec ce texte, « c'est la première fois que le législateur entend utiliser des moyens coercitifs pour rechercher la preuve pénale dans le corps de l'individu, pour fouiller sa chair : l'inviolabilité du corps humain, d'habitude bien défendue dans le Code de procédure pénale, en prend ici un coup » ; C. SOURZAT, La renonciation en procédure pénale, *op. cit.*, n°250 et 251, p. 146 et 147.

²⁶²⁷ L. VICHNIEVSKY, La saisie en droit français (au stade de l'enquête, de l'instruction), Petites affiches du 31 oct. 2002, n°218, p. 5 et s., not. p. 5.

²⁶²⁸ Art. 97 du C.P.P. V. aussi, A. BOLLE, De l'autorisation donnée par la loi pénale de saisir un bien immeuble, A.J. pénal, 2008, p. 316 et s., où il note que les éléments recueillis sont « essentiellement constitués du produit de l'infraction ou, selon le droit, de tout ce qui peut servir ou était susceptible de servir à la manifestation de la vérité. Ils démontrent objectivement la commission de l'incrimination ».

comptes bancaires²⁶²⁹. Il en va de même pour tous les biens incorporels comme les titres ou parts de société²⁶³⁰. La saisie peut encore frapper un immeuble²⁶³¹.

509. Le Code de procédure pénale a assimilé les notions de « gel » et de « saisie ». Selon l'article 695-9-1, alinéa 3, la décision de gel de biens ou d'éléments de preuve est soumise aux mêmes règles et entraîne les mêmes effets juridiques que la saisie²⁶³². Il autorise par ailleurs le juge des libertés et de la détention, saisi par le procureur de la République, à ordonner des mesures conservatoires sur les biens, meubles ou immeubles, divis ou indivis, du mis en examen lorsque l'information concerne une infraction relevant de la criminalité organisée²⁶³³. Ces saisies conservatoires sont adoptées afin de garantir le paiement des amendes encourues et, le cas échéant, l'indemnisation des victimes et l'exécution de la confiscation. Le Code de procédure pénale permet aussi aux juridictions d'instruction de refuser la restitution des objets saisis ou d'ordonner la fermeture provisoire d'un établissement. Ces actes, quoique différents²⁶³⁴, prouvent que la coercition concerne fréquemment les biens. L'intéressé se voit sinon dépossédé de l'un de ses biens, tout au moins privé d'en jouir²⁶³⁵. Ses libertés individuelles, son droit de propriété en l'occurrence, s'avèrent entamées puisque ces mesures sont accomplies contre son gré. Les autorités répressives procèdent à leur exécution d'office. Celui-ci subit dès lors un grief direct.

510. Il faut toutefois reconnaître que « si la procédure pénale fait peur, c'est surtout parce que, dès avant son terme, les personnes impliquées ou poursuivies peuvent voir leur liberté confisquée ou amoindrie »²⁶³⁶. Les autorités publiques ordonnent en général des mesures coercitives à l'encontre des justiciables afin de faire progresser l'enquête ou l'instruction²⁶³⁷. Elles les privent de liberté, notamment au moyen de la garde à vue. A des conditions plus strictes, elles décident parfois de les placer en détention provisoire, mesure fortement attentatoire à la liberté individuelle²⁶³⁸. Comme celle-

²⁶²⁹ L. VICHNIEVSKY, *op. et loc. cit.* Cette saisie est très courante en matière de criminalité organisée.

²⁶³⁰ *Ibid.*

²⁶³¹ Par ex., Cass. crim., 29 janv. 2014 (2 arrêts), Bull. crim., n°32 ; A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 310, obs. L. ASCENSI (ordonnance de saisie d'un immeuble appartenant à une société civile immobilière et ordonnance de saisie d'un fonds de commerce).

²⁶³² Le premier alinéa de cet article dispose que cette décision est « prise par une autorité judiciaire d'un Etat membre de l'Union européenne, appelé Etat d'émission, afin d'empêcher la destruction, la transformation, le déplacement, le transfert ou l'aliénation d'un bien susceptible de faire l'objet d'une confiscation ou de constituer un élément de preuve et se trouvant sur le territoire d'un autre Etat membre, appelé Etat d'exécution ».

²⁶³³ Art. 706-103 du C.P.P.

²⁶³⁴ Ils n'ont pas tous la même fonction, ni le même champ d'application – certains étant applicables à toutes les infractions, d'autres n'intéressant qu'une catégorie déterminée d'infractions – ni le même régime.

²⁶³⁵ V. en ce sens d'ailleurs, Cass. crim., 11 juin 2008, Bull. crim., n°145.

²⁶³⁶ J. PRADEL, Rapport de synthèse, *in* Les atteintes à la liberté avant jugement en droit pénal comparé, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, 1992, n°11, J. PRADEL (dir.), p. 393 et s., spéc. p. 393.

²⁶³⁷ Sur l'idée déjà, H. HENRY, Des mesures attentatoires à la liberté individuelle prises avant tout jugement pénal, Thèse, Montpellier I, 1976, p. 384, malgré l'absence de distinction entre coercition et répression.

²⁶³⁸ V. d'ailleurs, J. PRADEL, *op. et loc. cit.*, qui ajoute : « La mise en cause ou l'inculpation ne sont à peu près rien par rapport à l'atteinte à la liberté d'aller et de venir qui peut en être la suite ; celle-ci en effet est bien plus durement ressentie et toujours plus médiatisée. De là l'importance extrême de la question des atteintes à la liberté qui n'a son équivalent dans aucun autre contentieux ».

ci doit demeurer exceptionnelle²⁶³⁹, la personne mise en examen est, par préférence, assignée à résidence avec surveillance électronique ou astreinte à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire. Non incarcérée, ses libertés font cependant l'objet de restrictions importantes. Elle peut être tenue de ne pas sortir des limites territoriales déterminées par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention²⁶⁴⁰, de remettre au greffe, à un service de police ou à une brigade de gendarmerie tous documents justificatifs de l'identité, et en particulier son passeport, contre un récépissé valant justification de l'identité²⁶⁴¹, ou encore de se soumettre à des mesures d'examen, de traitement ou de soins, notamment à une cure de désintoxication²⁶⁴². Si l'individu est un toxicomane, mis en examen pour l'un des délits prévus aux articles L. 3421-1 et L. 3425-2 du Code de la santé publique, il peut faire l'objet d'une injonction thérapeutique ordonnée par le juge d'instruction, le juge des enfants ou le juge des libertés et de la détention pour une durée de vingt-quatre mois au plus²⁶⁴³.

511. Tant la coercition dirigée contre les personnes que celle qui s'exerce sur les biens provoquent finalement un grief direct. Les autorités répressives prennent d'office des mesures privatives ou restrictives de liberté à l'égard des justiciables. Une cure de désintoxication consentie a bien sûr plus de chances de succès que si elle est imposée. L'article R. 17-5 du C.P.P. prévoit justement un régime libéral afin d'obtenir l'accord de la personne concernée. Mais son acceptation n'ôte pas au grief son caractère direct. Bien que le droit français s'accommode mal de la notion de « soins forcés »²⁶⁴⁴, il résulte nécessairement de cette mesure une atteinte aux libertés individuelles. Nul doute qu'un grief direct existe dans les modalités classiques de la contrainte ; ce qui n'est pas le cas dans l'une de ses modalités spécifiques.

B – Absence de grief direct dans une modalité spécifique de la contrainte

512. Dès l'introduction de cette étude, il a été précisé que la contrainte revêt plusieurs aspects et emprunte des formes différentes. Elle n'est pas juste matérielle²⁶⁴⁵, elle peut aussi être psychologique. La coercition correspond à la contrainte matérielle, laquelle comprend une sous-catégorie, la

²⁶³⁹ Art. 137 *in fine* du C.P.P.

²⁶⁴⁰ Art. 138, al. 2, 1° du C.P.P.

²⁶⁴¹ Art. 138, al. 2, 7° du C.P.P.

²⁶⁴² Art. 138, al. 2, 10° du C.P.P. ; V. Cass. crim., 17 juin 1992, Inédit, n°92-81709, approuvant la chambre d'accusation ayant infirmé l'ordonnance de placement sous contrôle judiciaire rendue par le juge d'instruction, laquelle était assortie de l'obligation de se soumettre à une cure de désintoxication alcoolique. Cette cure et l'obligation de résider dans un établissement approprié durant celle-ci constituaient des mesures de sûreté insuffisantes. Le maintien en détention de l'inculpé s'imposait alors.

²⁶⁴³ Art. L. 3424-1 du C.S.P.

²⁶⁴⁴ V. P. SALVAGE, Les soins obligatoires en matière pénale, J.C.P., 1997, I, 4062, spéc. n°14.

²⁶⁴⁵ La contrainte matérielle peut être regardée comme celle qui apporte « une modification à l'ordre des êtres et des choses » : J. BUISSON, L'acte de police, *op. cit.*, p. 446 et p. 734 et s.

contrainte physique, c'est-à-dire l'usage de la force²⁶⁴⁶. En revanche, elle ne se confond pas avec la contrainte psychologique, elle lui est distincte. A la différence de celle-ci, insusceptible de causer un grief direct, la coercition en génère forcément un à l'intéressé. Cette incompatibilité entre le caractère direct du grief et la contrainte psychologique mérite d'être soulignée (1°) avant d'en tirer les conséquences (2°), notamment sur la notion d'acte coercitif. Elle demeure importante car elle permet de rejeter hors de cette catégorie certains actes qui, de prime abord, auraient pu la composer.

1°- L'incompatibilité avec la contrainte psychologique

513. A côté de la contrainte matérielle, subsiste une autre sorte de contrainte : la contrainte psychologique²⁶⁴⁷. Définie 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 »²⁶⁴⁸, elle se situe « au niveau de l'intellect du citoyen pour le contraindre à produire le résultat voulu par l'autorité »²⁶⁴⁹. Pression morale exercée sur une personne par le biais d'une menace de coercition physique²⁶⁵⁰, celle-ci obéit et s'exécute en général, parce qu'elle sait qu'à défaut, les autorités compétentes auront recours à la force²⁶⁵¹. Cette menace de coercition physique peut s'avérer réelle ou, au contraire, virtuelle. Elle est réelle lorsque les autorités exercent une pression morale sur le justiciable en se fondant sur un titre de contrainte sous-jacent qui permettra l'exécution forcée en cas d'opposition de celui-ci. Elle demeure virtuelle lorsque les mêmes autorités procèdent à une pression identique, mais en l'absence de tout pouvoir de contrainte susceptible de fonder le recours à la force²⁶⁵². Dans pareille hypothèse, l'apparence joue un rôle essentiel.

²⁶⁴⁶ V. J. BUISSON, *op. cit.*, p. 446 et 447 : « Nous pouvons donc affirmer l'existence d'une contrainte "matérielle" ou "concrète" qui s'exerce avec ou sans l'usage de la force. (...) Nous rejetons les mots de "contrainte physique", lesquels ne s'appliquent qu'à une partie de la contrainte matérielle, celle qui inclut l'usage de la force ». Il a aussi été noté que la coercition n'est qu'une partie de la contrainte, celle de l'emploi de la force physique. La coercition serait en effet « l'emploi de la force dans un Etat de droit, l'usage de la contrainte directe en ce qu'elle touche physiquement l'individu et non uniquement son esprit. (...) Par conséquent, seule l'expression de contrainte matérielle ou de contrainte physique est synonyme de coercition » : N. FERREIRA, La coercition en droit public français, *op. cit.*, p. 176 et 177. Si cette idée de la coercition présente un point commun avec notre conception (elle distingue la coercition de la contrainte psychologique), elle apparaît cependant restrictive, la coercition étant souvent exercée sans usage de la force physique.

²⁶⁴⁷ V. R. VON JHERING, L'évolution du droit (*Zweck im recht*), *op. cit.*, n°113, p. 159, qui distingue un assujettissement mécanique (physique), constituant une pression matérielle, et une contrainte psychologique.

²⁶⁴⁸ J. BUISSON, L'acte de police, *op. cit.*, p. 845, livrant déjà une définition similaire p. 449 : « (...) nous devons réserver la qualification de "contrainte psychologique" à l'action ponctuelle du policier ou du gendarme qui impose à telle personne ou à tel groupe de personnes une obligation positive ou négative ».

²⁶⁴⁹ J. BUISSON, *op. cit.*, p. 447 ; R. VON JHERING, *op. cit.*, n°113, p. 160.

²⁶⁵⁰ W. EXPOSITO, La justice pénale et les interférences consensuelles, *op. cit.*, n°57, p. 52 ; J. BUISSON, *op. cit.*, p. 846 ; N. FERREIRA, *op. cit.*, p. 175.

²⁶⁵¹ *Ibid.*

²⁶⁵² Dans ce cas, la pression psychologique repose sur la simple croyance du justiciable en l'existence d'une contrainte matérielle : V. W. EXPOSITO, *op. cit.*, n°58, p. 52 et n°67, p. 55 ; V. aussi, J. BUISSON, *op. cit.*, p. 447 et la note n°4, qui procède à cette distinction. Il évoque une pression exercée sur le psychisme de l'intéressé « en s'appuyant sur une contrainte matérielle, réelle ou supposée, pour obtenir son obéissance ».

514. La contrainte psychologique a pour terrain d'élection l'enquête préliminaire. Au cours de cette enquête, la personne concernée ne reçoit, en principe, ni injonction ni ordre exprès²⁶⁵³. Les autorités répressives lui font seulement une proposition : accepter la mise en œuvre d'une certaine contrainte matérielle. Elle peut, certes, toujours s'y opposer. Elle connaît néanmoins les conséquences de cette attitude. Elle sait que la coercition sera utilisée et qu'il sera passé outre son refus²⁶⁵⁴. L'efficacité de la contrainte psychologique procède précisément de ce processus mental, à savoir « la puissante incitation du policier ou du gendarme » conjuguée à « la croyance du citoyen en l'existence d'une contrainte matérielle qui la sous-tendrait toujours »²⁶⁵⁵. Aussi, la réalité pratique traduirait-elle « une pression morale certaine sur l'intéressé, excluant, de ce fait, toute hypothèse de consentement »²⁶⁵⁶.

515. D'aucuns pensent en effet que l'assentiment donné par l'individu lors d'une enquête préliminaire ne peut pas être regardé comme libre et éclairé, notamment lorsqu'il permet aux enquêteurs d'effectuer une perquisition à son domicile²⁶⁵⁷. A l'évidence, les agents de la force publique impressionnent. Ils savent de surcroît faire preuve de persuasion²⁶⁵⁸. Toutefois, il semble illusoire de penser que la procédure pénale fait intervenir des personnes égales en droit, même lorsqu'elle impose le recueil du consentement d'un particulier²⁶⁵⁹. L'inégalité paraît propre à cette matière²⁶⁶⁰. « La position de force des autorités répressives est nécessaire, il ne faut donc pas en tirer argument pour conclure que la volonté du justiciable est systématiquement viciée »²⁶⁶¹. De plus, celui-ci n'a pas juridiquement l'obligation d'accepter la mesure. Il tient au contraire de la loi la possibilité de la refuser²⁶⁶². Bien que limité, son choix n'apparaît pas pour autant contraint²⁶⁶³. Non seulement son consentement conserve une certaine liberté, mais il reste indispensable à l'exécution des opérations²⁶⁶⁴.

516. De ce point de vue, l'exercice de la contrainte psychologique ne suffit pas à qualifier de coercitive la perquisition opérée en enquête préliminaire. L'indifférence au consentement, élément

²⁶⁵³ Sur l'injonction de police, J. BUISSON, *op. cit.*, p. 850 et s. ; Plus largement sur l'injonction, C. BRAHIC-LAMBREY, *L'injonction. Etude de la dynamique d'un processus*, P.U.A.M., 2 tomes, 2003.

²⁶⁵⁴ J. BUISSON, *op. cit.*, p. 848.

²⁶⁵⁵ J. BUISSON, *op. cit.*, p. 859 ; C. SOURZAT, *La renonciation en procédure pénale*, *op. cit.*, n°483, p. 247.

²⁶⁵⁶ W. EXPOSITO, *op. cit.*, n°71, p. 57.

²⁶⁵⁷ V. M.-L. RASSAT, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, *op. cit.*, n°249 et 250, p. 187 et 188, concluant qu'« on ne voit pas bien (...) qui pourrait se refuser à une perquisition ». *Adde*, J. LESPARRE, *Le consentement du délinquant*, Thèse, Bordeaux, 1994, p. 41.

²⁶⁵⁸ V. sur ce point, W. EXPOSITO, *op. cit.*, n°132 et s., p. 87 et s. ; J. BUISSON, *op. cit.*, p. 883 et s.

²⁶⁵⁹ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*, n°466, p. 379, précisant que le consentement de l'intéressé n'a donc rien de contractuel.

²⁶⁶⁰ Bien que l'article préliminaire du Code de procédure pénale dispose *in limine* que « la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties ».

²⁶⁶¹ X. PIN, *op. et loc. cit.* L'auteur distingue alors, avec justesse, cette situation de celle où le consentement abdicatif serait obtenu par la force ou la ruse et qui devrait nécessairement conduire à l'annulation de la mesure acceptée (n°467, p. 379).

²⁶⁶² Art. 76, al. 1 du C.P.P.

²⁶⁶³ V. X. PIN, *op. cit.*, n°714, p. 550 ; V. aussi, A. SCATTOLIN, *La volonté de la personne poursuivie. Etude de droit français et aperçus de droits étrangers*, Thèse, Poitiers, 1996, n°139, p. 104 et la note n°20, indiquant que « cette liberté (de consentir ou non à certaines perquisitions) existe au moins en théorie ».

²⁶⁶⁴ Sauf bien sûr lorsque le juge des libertés et de la détention a le pouvoir d'autoriser l'opération si l'infraction en cause est un crime ou un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement (art. 76, al. 4 du C.P.P.).

essentiel à cette qualification, fait défaut. Hormis l'hypothèse de l'autorisation délivrée par le juge des libertés et de la détention, l'acte ne cause pas un grief automatique à l'intéressé puisque les autorités publiques ont besoin de sa permission pour l'effectuer. En cela, il ne porte pas non plus directement atteinte à ses intérêts²⁶⁶⁵. Un grief direct suppose une mesure imposée d'office, autrement dit que les autorités répressives ne s'embarrassent pas à recueillir l'assentiment de la personne concernée. Il commande, si nécessaire, l'exécution forcée de l'acte, celles-ci pouvant y procéder malgré son opposition. Or la contrainte psychologique ne leur octroie pas le pouvoir d'agir²⁶⁶⁶. Elle apparaît dès lors incompatible avec le caractère direct du grief, inhérent aux actes coercitifs. Sous l'empire des textes antérieurs à la loi du 14 avril 2011, la Cour de cassation a d'ailleurs refusé de consacrer la notion de contrainte psychologique en matière de garde à vue²⁶⁶⁷. Trait caractéristique de cette mesure, la contrainte s'entend uniquement de la contrainte matérielle ou coercition²⁶⁶⁸.

517. Il faut se garder de croire que la contrainte psychologique se résume à une menace de coercition. Elle consiste souvent en une menace de répression. Cette évolution est le fruit d'une technique législative de plus en plus courante. La loi impose aux autorités répressives d'obtenir le consentement de l'individu pour pouvoir accomplir certains actes. Sa permission reste indispensable, il s'avère impossible de passer outre son opposition. Seulement, le refus de consentir constitue une infraction assortie de sanctions pénales²⁶⁶⁹. L'objectif de ce genre de dispositions est clair : exercer une pression telle sur la volonté de l'intéressé qu'il se voit contraint d'accepter l'investigation. Cette technique de « forçage du consentement » viderait de son sens la notion de consentement. Celui-ci ne serait plus libre²⁶⁷⁰. Il est vrai que le libre-arbitre du justiciable apparaît fortement entamé. Mais il n'est pas totalement anéanti. Son refus demeure possible en vertu de la loi, à charge pour lui d'en supporter les conséquences, une condamnation pénale. Si le consentement est presque annihilé dans les faits, il existe toujours en droit²⁶⁷¹. L'atteinte portée aux intérêts de la personne se révèle alors indirecte. Elle dépend de son acceptation de la mesure. Pour qu'elle soit directe, il aurait fallu que le

²⁶⁶⁵ Certes, il peut être porté atteinte à ses intérêts, mais ce n'est que lors du déroulement de la perquisition, lorsque l'exécution de la contrainte matérielle reprend ses droits. On sait, à ce propos, que le texte relatif à la perquisition en enquête préliminaire opère un renvoi à celui qui prévoit l'opération en enquête de flagrance.

²⁶⁶⁶ V. J. BUISSON, *L'acte de police*, *op. cit.*, p. 846.

²⁶⁶⁷ V. par ex., Cass. crim., 13 nov. 1996, Bull. crim., n°401 (arrêt n°1) ; Cass. crim., 6 mai 1997, Bull. crim., n°174 ; Cass. crim., 4 mars 1998, Bull. crim., n°84 : « Attendu qu'une personne qui se présente sans contrainte aux services de police, peut, au cours d'une enquête préliminaire, être entendue sur les faits qui lui sont imputés, avant d'être placée en garde à vue ».

²⁶⁶⁸ Art. 62-2 du C.P.P., évoquant « une mesure de contrainte (...) par laquelle une personne (...) est maintenue à la disposition des enquêteurs ». Il s'agit bien de contrainte matérielle et non psychologique dans la nouvelle formulation légale. Comp., J. BUISSON, *op. cit.*, p. 887 et 888 ; W. EXPOSITO, *op. cit.*, n°71, p. 57.

²⁶⁶⁹ V. A. SCATTOLIN, *La volonté de la personne poursuivie*, *op. cit.*, n°163 et s., p. 121 et s.

²⁶⁷⁰ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*, n°469, p. 380, pour qui il serait « moins hypocrite de la part du législateur de s'affranchir ouvertement de la nécessité du consentement au nom des nécessités de l'action répressive – à condition toutefois de subordonner la contrainte à une autorisation judiciaire, comme c'est d'ailleurs souvent le cas, notamment au stade de l'enquête policière – ». En clair, cet auteur préférerait instaurer un cas de contrainte médiate (ou indirecte). Si tel était le cas, le grief serait direct et la notion de contrainte psychologique disparaîtrait alors. Il s'agirait en effet d'un acte coercitif ; C. HARDOUIN-LE GOFF, *Le consentement du délinquant ou l'entretien d'une illusion dans le procès pénal*, *op. cit.*, p. 345, 346 et 350.

²⁶⁷¹ Or, il faut s'appuyer sur le droit et non sur les faits pour établir des classifications d'actes, dégager les critères d'une notion et élaborer sa définition. En somme, le droit doit l'emporter sur le fait dans ce domaine.

recours à l'exécution forcée ait été autorisé. La contrainte psychologique se montre à nouveau incompatible avec l'aspect direct du grief.

518. Cette incompatibilité se vérifie aisément par le biais de quelques actes de la procédure pénale. L'article 55-1 du C.P.P.²⁶⁷² énonce que l'O.P.J. peut procéder, ou faire procéder sous son contrôle, aux opérations de prélèvements externes nécessaires à la réalisation d'exams techniques et scientifiques de comparaison avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l'enquête. Bien que le Conseil constitutionnel ait fourni quelques précisions et garanties sur ces prélèvements externes²⁶⁷³, ceux-ci ne font l'objet d'aucune définition. Ils suscitent alors certaines incertitudes pour les libertés individuelles²⁶⁷⁴. Ils intéressent toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause²⁶⁷⁵ ou toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction. L'enquêteur peut encore effectuer des relevés signalétiques et notamment des prises d'empreintes digitales, palmaires ou des photographies nécessaires à l'alimentation et à la consultation des fichiers de police²⁶⁷⁶. D'après le troisième alinéa de ce texte, le suspect qui refuse de se soumettre à ces différentes opérations²⁶⁷⁷, encourt un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende. La menace de la peine s'analyse en un moyen de pression considérable sur le consentement de l'intéressé²⁶⁷⁸. La contrainte psychologique exercée à son encontre apparaît forte dans cette situation, qui doit être regardée comme une injonction pénalement sanctionnée²⁶⁷⁹. Cependant, si le législateur a érigé en infraction le refus du suspect de se plier aux prélèvements, c'est que l'enquêteur ne peut pas les exécuter de force²⁶⁸⁰. Dans ce cas, le grief ne se révèle pas direct.

²⁶⁷² Issu de la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, auquel il convient d'ajouter les articles 76-2 (pour l'enquête préliminaire) et 154-1 du C.P.P. (cadre de l'information), ces deux textes renvoyant à l'article 55-1.

²⁶⁷³ C.C., 13 mars 2003, n°2003-467 DC, préc., cons. 55 : « (...) l'expression "prélèvement externe" fait référence à un prélèvement n'impliquant aucune intervention corporelle interne ; qu'il ne comportera donc aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des intéressés (...) ».

²⁶⁷⁴ Certains auteurs l'ont fait remarquer : C. AMBROISE-CASTEROT, Les prélèvements corporels et la preuve pénale, *op. cit.*, p. 11 et 12, affirmant que « le texte paraît bien vague et laisser la porte ouverte à des interprétations extensives fort dangereuses pour les libertés individuelles. Une définition précise de l'expression "prélèvements externes" serait la bienvenue » ; C. AMBROISE-CASTEROT, Recherche et administration des preuves en procédure pénale (...), *op. cit.*, p. 264, qui évoque le genre de difficulté résultant de cette absence de définition : « On peut notamment s'interroger sur le cas de cheveux : sont-ils des éléments externes ou bien internes (puisque le bulbe, d'où la matière génétique va être extraite, est enraciné) » ?

²⁶⁷⁵ C'est-à-dire le témoin, celui visé à l'art. 62 du C.P.P. : V. à cet égard, C.C., 13 mars 2003, préc., cons. 54.

²⁶⁷⁶ Art. 55-1, al. 2 du C.P.P.

²⁶⁷⁷ En effet, cette disposition vise uniquement une 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, ce qui exclut *a contrario* le témoin, autrement dit celle susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause.

²⁶⁷⁸ Sur ce point, C. HARDOUIN-LE GOFF, *op. cit.*, p. 350.

²⁶⁷⁹ V. C. SOURZAT, *op. cit.*, n°484, p. 248, qui reprend la classification établie par M. BUISSON.

²⁶⁸⁰ Le juge constitutionnel l'a relevé dans une réserve d'interprétation. Il a affirmé qu'« en l'absence de voies d'exécution d'office du prélèvement et compte tenu de la gravité des faits susceptibles d'avoir été commis, le législateur n'a pas fixé un quantum disproportionné pour le refus de prélèvement ; qu'il appartiendra toutefois à la juridiction répressive, lors du prononcé de la peine sanctionnant ce refus, de proportionner cette dernière à celle qui pourrait être infligée pour le crime ou le délit à l'occasion duquel le prélèvement a été demandé ; que, sous cette réserve, l'article 30 n'est pas contraire à la Constitution » : C.C., 13 mars 2003, préc., cons. 57.

519. Dans le cadre d'une vérification d'identité, un prélèvement externe peut également être pratiqué. Il s'agit du relevé d'identité. Selon l'article 78-3, alinéa 4, du C.P.P., si la personne interpellée maintient son refus de justifier de son identité ou fournit des éléments d'identité manifestement inexacts, les opérations de vérification peuvent donner lieu, après autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction, à la prise d'empreintes digitales (ou de photographies) lorsqu'il s'agit de l'unique moyen d'établir son identité. Et l'impossibilité pour celle-ci de justifier de son identité équivaut à un refus²⁶⁸¹. L'article 78-5 de ce Code édicte la peine encourue par ceux qui auront refusé de se prêter à ces prises d'empreintes digitales (ou à ces photographies). Il indique qu'ils seront punis de trois mois d'emprisonnement et de 3750 euros d'amende. La prévision d'une telle sanction signifie que le consentement de l'intéressé doit être obtenu et qu'il n'est pas possible de passer outre²⁶⁸². Par conséquent, le grief ne s'avère pas direct. L'individu subit une contrainte psychologique, non une contrainte matérielle. Le recours à cette dernière reste prohibé²⁶⁸³.

520. Cette technique législative gouverne aussi les prélèvements internes, comme ceux ayant trait à la recherche de maladies sexuellement transmissibles. Aux termes de l'article 706-47-1, alinéa 5, du C.P.P., le refus de l'individu soupçonné de se soumettre au dépistage prévu par ce texte est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Cette disposition amène à s'interroger sur la manière dont elle s'articule avec le troisième alinéa de ce texte, lequel permet de se passer du consentement de l'intéressé et de réaliser, par la force si besoin est, l'examen médical et la prise de sang²⁶⁸⁴. En plus de subir ces mesures contre son gré, le récalcitrant peut-il être condamné du fait de son refus ? L'hypothèse d'un tel cumul, entre coercition et répression, ne saurait être complètement écartée²⁶⁸⁵. Son opposition constitue, plus vraisemblablement, une infraction passible de sanctions pénales uniquement lorsque son consentement est indispensable, c'est-à-dire dans les cas où les conditions posées par l'alinéa 3 ne sont pas remplies – en l'occurrence, en l'absence de demande de la victime ou si son intérêt ne le justifie pas –²⁶⁸⁶. Ce serait dans ces hypothèses que la contrainte psychologique interviendrait. Exerçant une pression importante sur la volonté du suspect en le menaçant d'une sanction pénale, elle se distingue de l'autorisation accordée à l'O.P.J. d'accomplir

²⁶⁸¹ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juill. 2013, A.J. pénal, 2013, jurisp., p. 550, obs. C. SAAS. Avec une telle assimilation, « la suspicion est de mise », comme le souligne fort justement cet auteur (C. SAAS, obs. préc., p. 551).

²⁶⁸² Mais pourquoi le législateur a-t-il sanctionné différemment le refus de se prêter à ces opérations et celui de se soumettre aux prélèvements externes de l'article 55-1 du C.P.P. ? Cette différence apparaît surprenante.

²⁶⁸³ En ce sens également, C. AMBROISE-CASTEROT, Les prélèvements corporels (...), *op. cit.*, p. 12.

²⁶⁸⁴ Dans sa décision du 13 mars 2003, préc., le Conseil constitutionnel a jugé que la contrainte à laquelle est soumis l'individu « n'entraîne aucune rigueur qui ne serait pas nécessaire au regard des autres exigences constitutionnelles en cause (...) » et que l'examen médical et le prélèvement sanguin « ne portent atteinte ni aux droits de la défense, ni aux exigences du procès équitable, ni à la présomption d'innocence » (cons. 49).

²⁶⁸⁵ V. C. AMBROISE-CASTEROT, *op. cit.*, spéc. p. 16 et 17. Sur la contradiction existant entre l'alinéa 3 et l'alinéa 5 de l'article 706-47-2 du C.P.P., le premier prévoyant un procédé coercitif, le second instituant un délit autonome, la répression : J.-R. DEMARCHI, *op. cit.*, n°368, p. 192. Or, de deux choses l'une : soit l'acte est coercitif et il peut être effectué contre le gré de la personne, soit il ne l'est pas et le refus de celle-ci de s'y soumettre est constitutif d'un délit punissable.

²⁶⁸⁶ Exactement dans le même sens, C. AMBROISE-CASTEROT, *op. cit.*, p. 17 et note n°21 bis, pour qui seule cette interprétation *a contrario* de la loi permet de « rendre une cohérence à cette législation », encore qu'elle « demeure quand même fort douteuse ».

l'acte d'office, de force si nécessaire. Le grief souffert par l'individu ne revêt pas, dans cette dernière situation, un caractère direct.

521. De même, le Code de procédure pénale exclut en principe l'usage de la contrainte matérielle en matière d'empreintes génétiques²⁶⁸⁷. Il interdit le prélèvement biologique forcé à l'encontre des personnes déclarées coupables de l'une des infractions visées par la loi²⁶⁸⁸, de celles à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable la commission d'une infraction visée par la loi²⁶⁸⁹, enfin à l'égard de toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis un crime ou un délit²⁶⁹⁰. Il le prohibe également sur les ascendants et descendants d'une personne disparue²⁶⁹¹, ainsi que sur les simples témoins, toujours en droit de refuser le prélèvement externe envisagé à l'article 55-1, alinéa 1^{er}, du C.P.P. sans encourir de sanction²⁶⁹². Le prélèvement biologique forcé n'est admis que s'il concerne l'une des personnes mentionnées à l'article 706-56, I, alinéa 5, du C.P.P.²⁶⁹³. A l'exception de ces cas liés au passé pénal de l'intéressé ou à son irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, le législateur a instauré une contrainte psychologique en prévoyant des sanctions pénales en cas de refus de se prêter à ces investigations²⁶⁹⁴. L'article 706-56, II du C.P.P. édicte une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende²⁶⁹⁵. L'autre aspect de la contrainte psychologique a trait aux conséquences d'une telle opposition sur la culpabilité de l'individu. Le juge sera sans doute enclin à penser que le refus de se soumettre au prélèvement dissimule quelque chose : pourquoi celui-

²⁶⁸⁷ Sur les empreintes génétiques, parmi une littérature abondante et outre les références citées, V. not., J. BORRICAND, La technique des empreintes génétiques (situation en droit français), R.I.D.P., 1989, p. 68 et s. ; J.-C. GALLOUX, L'empreinte génétique : la preuve parfaite ?, J.C.P., 1991, I, 3497 ; J.-P. TAK, G. VAN EIKEMA HOMMES, Le test ADN et la procédure pénale en Europe, Rev. sc. crim., 1993, p. 679 et s. ; C. BYK, Tests génétiques et preuve pénale, R.I.D.comp., 1998, p. 683 et s. ; V. LESCLOUS, C. MARSAT, Du procès pénal et du juge à propos des empreintes génétiques, Dr. pénal, 1998, chron. n°17 ; M. BONNIEU, Le juge d'instruction et les empreintes génétiques à l'aube du troisième millénaire, R.P.D.P., 2000, p. 202 et s. ; Y. PADOVA, A la recherche de la preuve absolue. Réflexions sur l'utilisation de l'ADN en procédure pénale et sur le développement des fichiers d'empreintes génétiques, Arch. pol. crim., n°26, Pedone, 2004, p. 71 et s.

²⁶⁸⁸ L'article 706-54, al. 1 du C.P.P. renvoie à l'article 706-55 du C.P.P., qui énumère une liste impressionnante d'infractions permettant d'alimenter le fichier national automatisé des empreintes génétiques. Il s'agit par exemple des infractions de nature sexuelle visées à l'art. 706-47, des crimes contre l'humanité, de la torture et des actes de barbarie, du trafic de stupéfiants, du proxénétisme, du vol, de l'escroquerie, du terrorisme...

²⁶⁸⁹ Art. 706-54, al. 2 du C.P.P.

²⁶⁹⁰ Art. 706-54, al. 3 du C.P.P.

²⁶⁹¹ Art. R. 53-10, 5° du C.P.P. Il s'agit ici d'une enquête ou d'une instruction pour recherche des causes d'une disparition inquiétante ou suspecte prévue par les art. 74-1 ou 80-4 du C.P.P.

²⁶⁹² L'alinéa 3 de ce texte, qui prévoit la sanction, ne visant que les personnes soupçonnées, non les témoins.

²⁶⁹³ C'est-à-dire une personne condamnée pour crime ou déclarée coupable d'un délit puni de dix ans d'emprisonnement, ou une personne poursuivie pour un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement ayant fait l'objet d'une décision d'irresponsabilité pénale en application des articles 706-120, 706-125, 706-129, 706-133 ou 706-134 du C.P.P. ; V. C. PUIGELIER, Observations sur le droit pénal scientifique à l'aube du troisième millénaire, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 473 et s., spéc. p. 481.

²⁶⁹⁴ V. C. AMBROISE-CASTEROT, Les empreintes génétiques en procédure pénale, Mélanges B. BOULOC, Dalloz, 2007, p. 19 et s., spéc. p. 27.

²⁶⁹⁵ L'article 55-1 du C.P.P. énonce les mêmes peines pour les personnes soupçonnées de n'importe quelle infraction (et non plus seulement celles visées par l'article 706-55). Cette peine est en outre aggravée en raison des antécédents judiciaires de l'auteur du refus.

ci s'y oppose-t-il s'il est innocent ? Ne s'agit-il pas là d'un aveu implicite de culpabilité²⁶⁹⁶ ? En tout cas, le grief n'est pas direct en l'absence de coercition.

522. La répression pénale du refus de prélèvement n'apparaît, en réalité, pas nouvelle. Elle existait bien avant l'apparition des empreintes génétiques – découvertes en 1985 par Alec JEFFREYS – pour les prélèvements destinés à déterminer le taux d'alcool dans le sang des conducteurs de véhicules automobiles²⁶⁹⁷. Pendant un temps, la question s'est même posée de savoir si cette investigation pouvait être réalisée de force. Certains auteurs semblaient l'admettre²⁶⁹⁸, tandis que d'autres se montraient hostiles, du moins beaucoup plus réservés à ce sujet²⁶⁹⁹. Cette discussion s'avère obsolète. Régies par les Codes de la route et de la santé publique²⁷⁰⁰, les vérifications d'alcoolémie s'effectuent à l'aide d'exams médicaux, cliniques et biologiques dont l'analyse sanguine fait partie, ou au moyen d'un appareil homologué permettant l'analyse du taux d'alcoolémie dans l'air expiré (l'éthylomètre)²⁷⁰¹. « Mesure qui porte atteinte à l'intégrité de la personne »²⁷⁰², le prélèvement sanguin impose de recueillir le consentement de l'intéressé comme pour les autres prélèvements²⁷⁰³. Le législateur écarte ainsi tout recours à la coercition en cas de refus de celui-ci²⁷⁰⁴. Son opposition est érigée en infraction pénale²⁷⁰⁵.

523. L'article L. 3354-2 du Code de la santé publique punit d'un an d'emprisonnement et de 3750 euros d'amende le refus de se plier aux vérifications prescrites par l'article L. 3354-1 de ce Code²⁷⁰⁶.

²⁶⁹⁶ A cet égard, T. GAMBIER, La défense des droits de la personne dans la recherche des preuves en procédure pénale française, Dr. pénal, 1992, chron. n°66, spéc. n°13 ; C. AMBROISE-CASTEROT, Les empreintes génétiques en procédure pénale, *op. et loc. cit.*

²⁶⁹⁷ J. LARGUIER, L'alcool, la police, et le sang, D., 1962, chron., p. 9 et s. ; E. BLOCH, Le refus de se soumettre au prélèvement sanguin, J.C.P., 1961, I, 1622 bis ; E. BLOCH, Quatre ans de répression de la conduite en état d'ivresse et du refus de prélèvement sanguin, J.C.P., 1962, I, 1737.

²⁶⁹⁸ J. LARGUIER, Alcoolisme et mesures de sûreté (Commentaire de la loi du 15 avril 1954 sur le traitement des alcooliques dangereux pour autrui), J.C.P., 1954, I, 1181, spéc. n°35 ; A. DECOCQ, Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, Thèse, Paris, 1957, L.G.D.J., 1960, n°576, p. 420 et 421.

²⁶⁹⁹ J. CARBONNIER, note sous Trib. civ. Lille, 18 mars 1947, D., 1947, jurispr., p. 507, not. p. 510 ; R. MERLE, Le corps humain, la justice pénale et les experts, *op. cit.*, not. n°9, concluant que si l'expertise peut être pratiquée sans le consentement de l'intéressé, elle lui est « procéduralement inopposable et qu'il peut la faire rejeter des débats au cours du procès en responsabilité pénale ou civile ».

²⁷⁰⁰ Art. L. 234-1 et s. du C. route.

²⁷⁰¹ V. art. L. 234-5 du C. route, auquel l'article L. 3354-1 du C.S.P. renvoie (ancien art. L. 88 C. déb. boiss.).

²⁷⁰² La prise de sang a été qualifiée de la sorte : V. Cass. crim., 31 oct. 1961, D., 1962, jurispr., p. 161, note R. SAVATIER.

²⁷⁰³ Hormis bien sûr les exceptions déjà signalées. V. P. SALVAGE, Le consentement en droit pénal, *op. cit.*, not. p. 701.

²⁷⁰⁴ Voilà pourquoi le prélèvement sanguin ne saurait être qualifié de mesure coercitive, malgré ce qu'écrivent certains auteurs : V. par ex., M.-C. NAGOUAS-GUERIN, Le doute en matière pénale, *op. cit.*, n°179, p. 117.

²⁷⁰⁵ La raison de l'incrimination de ce refus a été évoquée : V. J. ROBERT, Rapport sur le corps humain et la liberté individuelle en droit français, Travaux de l'association H. CAPITANT, t. XXVI, Dalloz, 1975, p. 463 et s., spéc. p. 476 : « Quant aux prélèvements de sang pour déceler la présence d'alcool (...), on peut penser que de telles investigations portent atteinte à l'intégrité de la personne et aussi à sa volonté car elles tendent ni plus ni moins à utiliser le corps d'un individu pour obtenir une révélation que celui-ci se refuse à faire. Comme elles sont d'une utilité sociale incontestable, le refus de s'y soumettre est pénalement sanctionné ».

²⁷⁰⁶ Ce texte dispose que « les officiers ou agents de la police judiciaire doivent, lors de la constatation d'un crime, d'un délit ou d'un accident de la circulation, faire procéder, sur la personne de l'auteur présumé, aux vérifications prévues au I de l'article L. 234-1 du Code de la route destinées à établir la preuve de la présence d'alcool dans son organisme lorsqu'il semble que le crime, le délit ou l'accident a été commis ou causé sous l'empire d'un état alcoolique. Ces vérifications sont

De son côté, l'article L. 234-3 du Code de la route dispose que les officiers ou agents de police judiciaire soumettent à des épreuves de dépistage de l'imprégnation alcoolique par l'air expiré l'auteur présumé d'une infraction punie par ledit Code de la peine complémentaire de suspension du permis de conduire ou le conducteur ou l'accompagnateur de l'élève conducteur impliqué dans un accident de la circulation ayant causé un dommage corporel²⁷⁰⁷. Si le dépistage permet de présumer l'existence d'un état alcoolique ou si le conducteur ou l'accompagnateur de l'élève conducteur refuse de le subir, les officiers ou agents de police judiciaire font procéder aux vérifications destinées à établir la preuve de l'état alcoolique, soit par des analyses et examens médicaux, cliniques et biologiques, soit au moyen d'un appareil permettant de déterminer la concentration d'alcool par l'analyse de l'air expiré à condition que l'appareil soit conforme à un type homologué²⁷⁰⁸. L'article L. 234-8, I précise que le fait de refuser de se soumettre aux vérifications prévues par les articles L. 234-4 à L. 234-6 ou à celles prévues par l'article L. 234-9 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 4500 euros d'amende²⁷⁰⁹. Les policiers ou les gendarmes ne peuvent pas employer la force pour contraindre l'individu à se prêter à ces examens d'alcoolémie. En l'absence de coercition, il conserve la possibilité de les refuser, mais encourt des sanctions pénales²⁷¹⁰.

524. La personne se trouve dans une situation assez proche lorsqu'il s'agit de rechercher la présence de stupéfiants dans son corps. Il résulte de l'article L. 235-2, alinéa 1, du Code de la route que les enquêteurs doivent faire procéder – ils « font procéder » (*sic*) – à des épreuves de dépistage sur le conducteur (ou l'accompagnateur de l'élève conducteur) d'un véhicule impliqué dans un accident mortel ou corporel de la circulation. Cette obligation devient une simple faculté – ils « peuvent également faire procéder » (*sic*) – en cas d'accident matériel de la circulation ou de commission de certaines infractions à ce Code lorsqu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que le conducteur (ou l'accompagnateur de l'élève conducteur) a fait usage de stupéfiants. Si ces épreuves s'avèrent positives, si le conducteur les refuse ou est dans l'impossibilité de les subir, les agents compétents font procéder à des analyses et examens médicaux, cliniques et biologiques en vue d'établir si l'intéressé conduisait sous l'emprise de substances ou plantes classées comme

obligatoires dans tous les cas de crimes, délits ou accidents suivis de mort. Dans tous les cas où elles peuvent être utiles, elles sont également effectuées sur la victime ».

²⁷⁰⁷ L'alinéa 2 ajoute : « Ils peuvent soumettre aux mêmes épreuves tout conducteur ou tout accompagnateur d'élève conducteur impliqué dans un accident quelconque de la circulation ou auteur présumé de l'une des infractions aux prescriptions du présent Code relatives à la vitesse des véhicules et au port de la ceinture de sécurité ou du casque ».

²⁷⁰⁸ Art. L. 234-4, al. 1 et 3 du C. route. Les vérifications doivent être effectuées dans le temps le plus voisin des épreuves de dépistage lorsqu'elles se sont avérées positives : V. Cass. crim., 16 fév. 2011, Bull. crim., n°30.

²⁷⁰⁹ Encore faut-il que le refus opposé soit manifeste. Or, tel n'est pas toujours le cas : V. Cass. crim., 7 mars 2007, Bull. crim., n°74 ; J.C.P., 2007, IV, 1794. En outre, l'article L. 234-8 prévoit de nombreuses autres peines.

²⁷¹⁰ Aussi, pour certains auteurs, « la volonté du présumé délinquant routier est donc inopérante (...) parce que cette opposition active est pénalement sanctionnée. Le refus de la preuve sert de preuve » : A. SCATTOLIN, La volonté de la personne poursuivie, *op. cit.*, n°166, p. 124 et n°168, p. 125. D'autres affirment encore que « la participation de l'individu à la recherche de la preuve d'un état d'alcoolémie n'a rien de consensuel » : X. PIN, Le consentement en matière pénale, *op. cit.*, n°501, p. 401.

stupéfiants²⁷¹¹. Selon l'article L. 235-3 du Code de la route, le refus de se prêter aux vérifications énoncées à l'article L. 235-2 expose son auteur à une peine de deux ans d'emprisonnement et de 4500 euros d'amende.

525. Il faut reconnaître que cette technique législative dont l'usage s'est développé ces dernières années au sein du Code de procédure pénale, existe depuis longtemps dans les autres Codes. Elle se trouve utilisée, à titre de comparaison, dans la procédure douanière. Elle se retrouve, avec quelques variantes, à l'article 60 *bis* du Code des douanes relatif aux fouilles (ou examens) *in corpore*²⁷¹². Aux termes de ce texte, les agents des douanes peuvent, en présence d'indices sérieux leur laissant présumer qu'une personne transporte des produits stupéfiants dissimulés dans son organisme, la soumettre à des examens médicaux de dépistage. Ils doivent au préalable obtenir son consentement exprès. Mais celle-ci peut s'y opposer sans encourir la moindre sanction²⁷¹³. Les agents des douanes conservent la possibilité de requérir une autorisation du président du tribunal de grande instance. Ce juge (ou le juge délégué par lui) peut les autoriser à faire procéder aux examens médicaux. Si la personne soupçonnée persiste à refuser de tels examens, elle encourt une peine d'un an d'emprisonnement et de 3750 euros d'amende²⁷¹⁴. Sous ce regard, le pouvoir des douaniers n'apparaît pas coercitif²⁷¹⁵. La coercition ne peut jamais être employée pour obliger l'intéressé à obtempérer²⁷¹⁶. Seule la contrainte psychologique, par le biais de la menace de la peine, demeure admise. Celui-ci subit néanmoins un grief direct, car la mise en œuvre de la procédure prévue à l'article 60 *bis* du Code des douanes permet aux agents de le retenir contre son gré pendant la durée nécessaire au déroulement des opérations²⁷¹⁷. Appartenant au droit douanier, c'est cette rétention qui revêt, au fond, un caractère coercitif.

526. Enfin, la contrainte psychologique s'exerce parfois indépendamment de tout soupçon qui pèserait sur les personnes. Les réquisitions aux fins de remise de documents en attestent. Selon l'article 60-1 du C.P.P., le procureur de la République ou l'O.P.J. peut requérir de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique qui sont

²⁷¹¹ Art. L. 235-2, al. 4 du C. route.

²⁷¹² Cet article est issu d'une loi du 31 décembre 1987. A cet égard, J. BORRICAND, Commentaire de la loi n°87-1157 du 31 décembre 1987 relative à la lutte contre le trafic de stupéfiants et modifiant certaines dispositions du Code pénal, J.C.P., 1988, I, 3337.

²⁷¹³ Cette différence de solutions entre le refus opposé aux agents des douanes et celui opposé à des gendarmes ou à des policiers a été soulignée. S'il « n'est pas rationnellement explicable », il n'empêche que « le Code de la route offre aux enquêteurs des pouvoirs inquisitoriaux bien plus importants qu'aux agents des douanes » : C. AMBROISE-CASTEROT, Les prélèvements corporels et la preuve pénale, *op. cit.*, p. 15.

²⁷¹⁴ Ce qui fait dire à certains auteurs que « les autorités de poursuite » disposent des « moyens de *forcer ce consentement*, ce qui le vide de son sens » : X. PIN, *op. cit.*, n°501, p. 401 (il souligne).

²⁷¹⁵ Dans le même sens : A. SCATOLLIN, *op. cit.*, n°175, p. 129 et n°177, p. 130. Rapp., s'agissant du droit de communication des douanes (art. 65 du C. douanes) : C.C., Q.P.C., 27 janv. 2012, n°2011-214, *Société COVED SA*, J.O. du 28 janv. 2012, p. 1676, cons. 6.

²⁷¹⁶ C. PUIGELIER, Observations sur le droit pénal scientifique à l'aube du troisième millénaire, *op. cit.*, p. 479.

²⁷¹⁷ Cass. crim., 30 juin 1999, Bull. crim., n°169. L'individu retenu doit par conséquent être informé, dans le plus court délai et dans une langue qu'il comprend, des raisons de son arrestation.

susceptibles de détenir des documents intéressant l'enquête, y compris ceux issus d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, de lui remettre ces documents, notamment sous forme numérique, sans que puisse lui être opposée, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel²⁷¹⁸. L'article 60-2 du même Code énonce en substance que sur demande de l'O.P.J., intervenant par voie télématique ou informatique, les organismes publics ou les personnes morales de droit privé mettent à sa disposition les informations utiles à la manifestation de la vérité contenues dans leur système informatique, excepté celles protégées par un secret prévu par la loi. L'alinéa 2 de ce texte précise que lorsque l'O.P.J. intervient sur réquisition du parquet, préalablement autorisé par ordonnance du juge des libertés et de la détention, il peut requérir des opérateurs de télécommunications de prendre immédiatement toutes mesures propres à assurer la préservation du contenu des informations consultées par les utilisateurs pendant un an au plus.

527. Ces organismes doivent mettre à la disposition de l'enquêteur, dans les meilleurs délais, ces informations requises par voie télématique ou informatique. Des dispositions semblables existent pour l'enquête préliminaire et pour l'information²⁷¹⁹. De façon systématique, le fait de refuser ou de s'abstenir de répondre à la réquisition est érigé en infraction. Il fait encourir une amende de 3750 euros. La contrainte revêt donc une forme psychologique. Le grief n'est pas direct, l'O.P.J. n'ayant pas le pouvoir d'obtenir de force les documents ou informations réclamés en l'absence de réponse. D'ailleurs, la jurisprudence ne perçoit pas, avec raison, les réquisitions comme des actes coercitifs²⁷²⁰. Il n'y aurait coercion qu'en cas de saisie des documents suite à une perquisition. L'incompatibilité

²⁷¹⁸ Le texte prévoit cependant une exception. La remise des documents ne peut intervenir qu'avec l'accord des personnes mentionnées aux articles 56-1 à 56-3 du C.P.P., lorsque les réquisitions s'adressent à celles-ci (avocats, journalistes, médecins, notaires, huissiers). Mais l'accord de l'une de ces personnes, parmi lesquelles figurent les avocats, n'est requis par l'article 99-3 du C.P.P. que pour la remise des documents détenus par cette personne (et non, lorsque adressée à un tiers, elle vise la personne protégée) : Cass. crim., 17 déc. 2013, Bull. crim., n°259 ; J.C.P., 2014, act., 60 ; A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 141, obs. P. DE COMBLES DE NAYVES, à propos de réquisitions auprès d'une banque de relevés de comptes professionnels d'un avocat ; Cass. crim., 19 mars 2014, n°13-88616, E.C.P.B. ; Gaz. pal., 27-29 juill. 2014, n°208 à 210, p. 33, obs. F. FOURMENT, précisant qu'un tel accord « n'est nécessaire que si l'un des professionnels visés aux articles 56-1 à 56-3 du C.P.P. est directement requis de fournir les informations sollicitées ». En enquête préliminaire (art. 77-1-1 du C.P.P.), la consultation par les services de police des informations contenues dans le fichier national des immatriculations et le fichier des véhicules volés, auxquels ont accès ces services, ne nécessite pas une réquisition au sens de l'article 77-1-1 du C.P.P. : Cass. crim., 15 sept. 2009, Bull. crim., n°155 (cassation).

²⁷¹⁹ Art. 77-1-1 et 77-1-2 du C.P.P. ; Art. 99-3 et 99-4 du C.P.P. Seuls quelques éléments varient en fonction de la spécificité de chaque cadre procédural. L'article 99-4 prévoit par exemple que l'O.P.J. peut procéder aux réquisitions prévues par l'article 60-2, al. 2, avec l'autorisation expresse du juge d'instruction. En outre, les réquisitions prévues par l'art. 77-1-1 du C.P.P. ne peuvent être présentées que par le procureur de la République ou, sur autorisation de celui-ci, par l'O.P.J. (Cass. crim., 6 déc. 2005, Bull. crim., n°319). Cette autorisation n'est soumise à aucune forme particulière (Cass. crim., 1^{er} fév. 2011, Bull. crim., n°15, préc.). Les dispositions de cet article, dans sa rédaction issue de la loi du 18 mars 2003, reprises dans l'article 77-1-2 du C.P.P., issu de la loi du 9 mars 2004, ne concernent que les réquisitions intervenant par voie télématique ou informatique (Cass. crim., 20 mars 2007, Bull. crim., n°84).

²⁷²⁰ Cass. crim., 1^{er} fév. 2011, Bull. crim., n°15, préc. (les réquisitions adressées à des opérateurs de téléphonie par des O.P.J. effectuant sur commission rogatoire la surveillance d'une cabine téléphonique, afin d'obtenir la liste des appels antérieurs à ces réquisitions, concernant un numéro espagnol appelé depuis la cabine, constituent des vérifications sommaires ; elles ne présentent pas de caractère coercitif) ; Cass. crim., 22 nov. 2011, Bull. crim., n°234, préc. (la remise de documents au sens de l'article 77-1-1 du C.P.P. « s'entend également de la communication, **sans recours à un moyen coercitif**, de documents issus d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, tels ceux détenus par un opérateur de téléphonie (...) ») ; Cass. crim., 6 nov. 2013, Bull. crim., n°217 ; A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 40, obs. P. DE COMBLES DE NAYVES ; Procédures, 2014, comm. n°56, note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Gaz. pal., 9-11 fév. 2014, n°40 à 42, p. 38, obs. F. FOURMENT (même solution).

entre la contrainte psychologique et le caractère direct du grief a été montrée. Il convient désormais d'en tirer les conséquences.

2°- Les conséquences de cette incompatibilité

528. Ni l'existence ni l'influence de la contrainte psychologique ne peut être niée. Celle-ci présente un aspect comminatoire. Elle dissuade fortement la personne concernée de refuser la mesure prescrite. Au contraire, elle l'incite vivement à l'accepter. La menace du recours à la coercition ou du prononcé d'une condamnation pénale exerce une pression considérable sur son consentement. Toutefois, il faut reconnaître les limites de ce genre de contrainte. Elle ne permet pas aux autorités répressives d'agir d'office²⁷²¹. L'acceptation ou le refus de l'acte appartient finalement à l'intéressé et à lui seul. Même si sa liberté de choix semble en pratique illusoire²⁷²², il n'empêche qu'en droit, il s'avère impossible de passer outre son opposition. Son choix n'est pas totalement supprimé. La contrainte psychologique est, en un mot, incapable de produire une atteinte directe aux libertés individuelles²⁷²³. Elle ne génère qu'un grief indirect.

529. Si cette notion se révèle incompatible avec le caractère direct du grief, elle l'est *ipso facto* avec l'acte coercitif, lequel provoque toujours un grief direct. Un placement en garde à vue ne requiert pas le consentement de l'individu. Il est même généralement décidé contre son gré. Les écoutes téléphoniques ou la sonorisation ne nécessitent pas non plus la permission des personnes surveillées, sinon quelle serait leur efficacité ? En somme, l'acte coercitif cause une atteinte directe aux libertés individuelles. Il peut être accompli de force. L'intéressé n'a pas la possibilité de refuser la mesure. Ne disposant d'aucun choix, il est obligé de la subir²⁷²⁴. Il convient néanmoins d'émettre une réserve relative au refus de consentir à un acte, un prélèvement corporel par exemple. Erigé en infraction pénale, ce comportement permet « de glisser imperceptiblement de la contrainte psychologique à la contrainte matérielle », par l'intermédiaire d'une qualification de délit flagrant²⁷²⁵. Si une enquête de flagrance s'ouvre, la personne s'étant opposée au prélèvement pourra faire l'objet d'un placement en garde à vue. L'acte coercitif n'a pas besoin d'être assorti d'une sanction pénale. Il se distingue dès lors des actes précédemment étudiés. Ceux-ci comportent certes une injonction, mais ils ne

²⁷²¹ Sur le constat : J. BUISSON, L'acte de police, *op. cit.*, p. 846 ; W. EXPOSITO, La justice pénale et les interférences consensuelles, *op. cit.*, n°57, p. 52 : « Conscient que la force publique dispose d'un pouvoir de coercition physique, le particulier accepte automatiquement la mesure. Il n'est pas directement soumis, mais se soumet volontairement ».

²⁷²² V. not., C. AMBROISE-CASTEROT, Le consentement en procédure pénale, *op. cit.*, spéc. p. 33 ; J.-R. DEMARCHI, Les preuves scientifiques et le procès pénal, *op. cit.*, n°344, p. 177 et n°370, p. 193 et 194, pour qui « la liberté du consentement est nécessairement atteinte et tend à devenir quelque peu virtuelle » (n°344).

²⁷²³ V. d'ailleurs, J. PRADEL, La mauvaise volonté du suspect, *op. cit.*, spéc. p. 310.

²⁷²⁴ Sur le raisonnement, V. P. SALVAGE, Les soins obligatoires en matière pénale, *op. cit.*, n°14 : « Etre obligé, on le sait, signifie être tenu, être lié. Ce concept comporte deux aspects : d'une part, le devoir de se soumettre à une prestation, d'autre part, l'assujettissement de l'obligé si la prestation n'est pas exécutée, ce qui peut aller d'une sanction purement morale à l'exécution forcée en passant par tous les stades intermédiaires concevables ».

²⁷²⁵ C. SOURZAT, La renonciation en procédure pénale, *op. cit.*, n°494, p. 252, se fondant sur les écrits de M. BUISSON.

s'accompagnent jamais d'une exécution forcée²⁷²⁶. Assez proches en apparence, ils ne font pas partie en réalité de la catégorie des actes coercitifs²⁷²⁷. En d'autres termes, l'acte coercitif présente une différence de nature avec eux, non une simple différence de degré²⁷²⁸.

530. Ainsi l'acte coercitif fait-il nécessairement grief à la personne concernée. Toutefois, un acte générateur d'un grief n'est pas forcément coercitif. Pour preuve, tous les actes juridictionnels font grief. Or la plupart d'entre-eux sont dépourvus d'un tel caractère. Les ordonnances statuant sur la compétence, celles relatives à la constitution de partie civile, les arrêts de non-lieu, etc, en fournissent l'illustration. La catégorie des actes faisant grief se révèle plus large que celle des actes coercitifs. Aussi affirmer que l'acte coercitif provoque un grief en toute circonstance n'apparaît pas suffisant pour le définir. Ce critère imparfait doit être complété. Une étude de la nature de ce grief, de sa consistance, semble dès lors s'imposer.

Section II – L'acte coercitif, source d'un grief spécifique

531. Par hypothèse, l'acte coercitif fait grief d'une façon différente par rapport aux actes non coercitifs. Il ne cause pas qu'un grief simple ou ordinaire à l'intéressé. Dire qu'il engendre une atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne comme l'exige la loi²⁷²⁹, est un euphémisme. Voilà un acte dont le grief qui s'y attache revêt une teneur particulière. Sa nature singulière consiste dans sa gravité (§1). Elle n'est pas dépourvue de conséquences. Elle appelle notamment une conception renouvelée du grief (§2).

§1 – La nature singulière du grief : sa gravité

532. Il ne fait guère de doute que l'acte coercitif génère un grief considérable pour l'intéressé. De prime abord, ce grief réside en une atteinte à la liberté individuelle. Il apparaît dès lors comme le plus grave qui puisse être causé, il se trouve au sommet de l'échelle des griefs (grief maximum). Pareille spécificité laisse présumer qu'il forme le critère opérant de l'acte coercitif (A). Cette impression va se confirmer, mais suscite quelques explications. C'est l'atteinte aux libertés individuelles qui mérite plus précisément d'être le critère proposé (B).

²⁷²⁶ Il faut peut être réserver le cas de « l'injonction pénalement sanctionnée » qui se double d'une « injonction réalisable » (qualifications empruntées à M. BUISSON). Définie comme « l'injonction dont la force publique a la possibilité de concrétiser le contenu » (J. BUISSON, *L'acte de police*, *op. cit.*, p. 853), cette dernière qualification doit être retenue même lorsque la contrainte matérielle exercée « ne réalise pas exactement stricto sensu l'injonction » (J. BUISSON, *op. cit.*, p. 854 et de prendre l'exemple de la vérification d'identité n'ayant pas abouti à la révélation de l'identité de l'individu, mais ayant justifié son appréhension et sa rétention). Il s'agirait alors d'une contrainte mixte, matérielle et psychologique à la fois. Sur ce point : C. SOURZAT, *op. cit.*, n°495, p. 252 et 253.

²⁷²⁷ Dans le cadre de la procédure de l'article 60 *bis* du Code des douanes (fouilles *in corpore*) le pouvoir des agents des douanes a, par exemple, déjà été qualifié de « semi coercitif » : V. A. SCATTOLIN, *op. cit.*, n°177, p. 130.

²⁷²⁸ V. le raisonnement et la distinction de J. CARBONNIER, note sous Trib. civ. Lille, 18 mars 1947, préc., spéc. p. 511.

²⁷²⁹ Art. 171 et 802 du C.P.P.

A – L’atteinte à la liberté individuelle : le critère présumé

533. Avancer que l’acte coercitif produit un grief spécial consistant en une atteinte à la liberté individuelle, ne semble pas constituer une vue de l’esprit. L’affirmation procède de la conjonction de plusieurs indices²⁷³⁰. Certains d’entre-eux proviennent de la jurisprudence relative aux faits nouveaux (1°), tandis que d’autres peuvent être recueillis en dehors de cette jurisprudence (2°).

1°- Les indices dans la jurisprudence relative aux faits nouveaux

534. C’est la question de l’étendue de la saisine du juge d’instruction qui fournit les premiers indices susceptibles de renseigner sur la particularité du grief causé par l’acte coercitif, partant sur l’essence même de cet acte. Dans ses fameux arrêts rendus les 6 février et 30 mai 1996²⁷³¹, la Cour de cassation a reconnu certains pouvoirs à ce magistrat lorsqu’il découvre des faits nouveaux. Le principe posé n’a pas rompu avec la solution antérieure²⁷³². Non seulement il l’a confirmée, mais il a aussi clarifié les prérogatives de ce juge agissant hors saisine. Dans ce cas, si « l’article 80 ne lui interdit pas, avant toute communication au procureur de la République, d’en consigner la substance dans un procès-verbal et, le cas échéant, d’effectuer d’urgence des vérifications sommaires pour en apprécier la vraisemblance, il ne peut, sans excéder ses pouvoirs, procéder à des actes qui, présentant (...) un caractère coercitif, exigent la mise en mouvement préalable de l’action publique »²⁷³³. Le seuil des investigations autorisées apparaît depuis lors bien établi, les décisions ultérieures s’étant contentées de reprendre cette délimitation²⁷³⁴.

535. En présence de faits nouveaux, le magistrat instructeur peut d’abord accomplir des actes de constatation de ceux-ci. Il s’agit simplement de constater et de relater dans un procès-verbal la découverte de tels faits. Cette possibilité découle tant de la jurisprudence²⁷³⁵ que de l’article 80, alinéa

²⁷³⁰ Il demeure en effet essentiel de justifier cette affirmation et finalement ce choix, surtout s’il s’agit du critère principal de la notion d’acte coercitif.

²⁷³¹ Cass. crim., 6 fév. 1996, préc., Bull. crim., n°60 ; D., 1996, jurisp., p. 198, note J. PRADEL et D., 1996, somm. comm., obs. J. PRADEL ; J.C.P., 1996, II, 22634, note P. CHAMBON ; Dr. pénal, 1996, comm. n°74, note A. MARON ; Justices, 1996, n°4, p. 286, chron. D. REBUT ; Cass. crim., 30 mai 1996, préc., Bull. crim., n°226 ; Dr. pénal, 1996, comm. n°169 et 174, note A. MARON ; Rev. sc. crim., 1996, p. 880, obs. J.-P. DINTILHAC.

²⁷³² V. not., Cass. crim., 11 déc. 1908, Bull. crim., n°495 ; Cass. crim., 28 mai 1957, Bull. crim., n°447 ; Cass. crim., 25 juin 1984, Bull. crim., n°240 ; Cass. crim., 20 mars 1990, Inédit, n°89-87143 ; Cass. crim., 10 mai 1994, Bull. crim., n°180.

²⁷³³ Cass. crim., 6 fév. 1996 et 30 mai 1996, préc.

²⁷³⁴ V. not., Cass. crim., 1^{er} avril 1998, Bull. crim., n°124 ; R.G.D.P., 1999, p. 90, chron. D. REBUT ; Cass. crim., 24 nov. 1998, Dr. pénal, 1999, comm. n°50, note A. MARON et Cass. crim., 1^{er} déc. 1998, Dr. pénal, 1999, comm. n°49, note A. MARON ; Cass. crim., 30 juin 1999, Bull. crim., n°176 ; D., 1999, somm. comm., p. 326, obs. J. PRADEL ; Cass. crim., 16 fév. 2000, Bull. crim., n°72 ; Cass. crim., 11 mai 2000, Bull. crim., n°186 ; Dr. pénal, 2000, chron. n°36, obs. C. MARSAT ; Cass. crim., 13 déc. 2000, Bull. crim., n°377 ; Cass. crim., 1^{er} oct. 2003, Bull. crim., n°177 ; Cass. crim., 28 sept. 2005, Bull. crim., n°246 ; Cass. crim., 20 nov. 2007, Inédit, n°07-86503 ; Cass. crim., 1^{er} fév. 2011, Bull. crim., n°15 ; Cass. crim., 27 mars 2012, Bull. crim., n°82. *Adde*, Cass. crim., 26 juin 2013, Bull. crim., n°164.

²⁷³⁵ V. déjà, Cass. crim., 11 déc. 1908, préc. ; Cass. crim., 6 fév. 1996 et 30 mai 1996, préc., indiquant que le juge peut « en consigner la substance dans un procès-verbal ». Un auteur a fait remarquer que « la possibilité pour un juge d’instruction de

3, du C.P.P.²⁷³⁶. Le juge peut ensuite effectuer des actes de vérification sur les faits étrangers à sa saisine. En ce qu'il implique « une véritable investigation qui l'apparente incontestablement à un acte d'information », l'acte de vérification se différencie « du simple acte de constatation, lequel se présente plutôt comme un acte passif »²⁷³⁷. Néanmoins, la distinction entre les deux semble être « plus de degré que de nature, les actes de vérification se situant au-dessus des actes de constatation dans l'échelle des actes d'information »²⁷³⁸. Il ne peut d'ailleurs s'agir que de « vérifications sommaires »²⁷³⁹ d'après les arrêts de 1996, autrement dit de vérifications simples, succinctes, élémentaires, réduites à l'essentiel... Ayant une finalité conservatoire²⁷⁴⁰, celles-ci ne constituent pas de véritables actes d'instruction²⁷⁴¹. Selon une expression doctrinale, ce sont « des actes d'instruction “au petit pied” »²⁷⁴². Nul doute qu'elles possèdent donc une différence de nature avec les investigations approfondies et notamment avec les actes coercitifs²⁷⁴³.

536. Cette conclusion se déduit aisément de la jurisprudence. Par « vérifications sommaires », la chambre criminelle entend – et par conséquent admet à l'égard des faits nouveaux – l'audition et le recueil des déclarations de témoins²⁷⁴⁴, l'audition d'un gardé à vue sur des faits distincts de ceux à l'origine de la mesure ou à la saisine du juge d'instruction²⁷⁴⁵, l'interrogatoire d'une personne mise en examen – peu importe que le juge entende lui-même ou fasse entendre l'intéressé –²⁷⁴⁶, une surveillance²⁷⁴⁷, l'apport au dossier de courriers et documents adressés par un témoin²⁷⁴⁸, la délivrance

constater des faits nouveaux est aussi vieille que l'interdiction qui lui est faite d'informer en dehors de sa saisine » : D. REBUT, *Justices*, 1996, *chron. préc.*, spéc. p. 290.

²⁷³⁶ A vrai dire, on imagine mal comment un juge d'instruction qui découvrirait des faits distincts au cours de son information pourrait « fermer les yeux » sur ceux-ci et ne pas avertir le parquet de cette découverte.

²⁷³⁷ D. REBUT, *chron. préc.*, p. 291.

²⁷³⁸ *Ibid.* Ce point apparaît fondamental dans la mesure où il permet de regrouper ces actes en une seule catégorie et de les opposer à des actes de nature vraiment différente, les investigations approfondies et, en particulier, les actes coercitifs.

²⁷³⁹ Si ce pouvoir ressortait déjà de la jurisprudence antérieure, cette expression n'a pas été systématiquement consacrée. La chambre criminelle a accordé très tôt la possibilité de « vérifier sommairement l'exactitude de la déclaration d'un témoin » (Cass. crim., 11 déc. 1908, *préc.*, évoquant expressément « les vérifications sommaires »). Mais elle n'a ensuite employé que le terme de « vérifications » sans préciser que celles-ci devaient revêtir un caractère sommaire (Cass. crim., 28 mai 1957, *préc.* ; Cass. crim., 10 mai 1994, *préc.*). C'est véritablement avec les arrêts des 6 février et 30 mai 1996 que la notion apparaît de façon formelle.

²⁷⁴⁰ Pour les actes de constatation : D. REBUT, *chron. préc.*, spéc. p. 290. Pour les actes de vérification : J. PRADEL, note sous Cass. crim., 6 fév. 1996, *préc.*, p. 200, qui les analyse comme des « mesures conservatoires (...) permettant de fixer les preuves qui sont souvent par essence fragiles et fugitives ».

²⁷⁴¹ Cass. crim., 11 déc. 1908, *préc.*, affirmant que « les vérifications sommaires (...) se distinguent nécessairement des actes d'instruction ou de poursuite » ; A. MARON, note sous Cass. crim., 1^{er} déc. 1998, *Dr. pénal*, 1999, comm. n°49.

²⁷⁴² J. PRADEL, note *préc.* sous Cass. crim., 6 fév. 1996, p. 201.

²⁷⁴³ S'agissant des faits nouveaux, la doctrine observe le caractère « imprécis et impraticable » de la notion de « vérifications sommaires ». « La distinction à faire porte sur le caractère coercitif de l'acte accompli et non sur sa nature d'acte de vérification. Là réside le véritable critère de l'acte auquel peut procéder un juge d'instruction (...) **et qui tient à sa nature non coercitive** » : D. REBUT, *chron. préc.*, p. 292 (nous soulignons).

²⁷⁴⁴ Cass. crim., 11 déc. 1908, *préc.* ; Cass. crim., 10 mai 1994, *préc.* ; Cass. crim., 30 mai 1996, *préc.* ; Cass. crim., 1^{er} déc. 1998, *préc.* ; Cass. crim., 16 fév. 2000, *préc.*

²⁷⁴⁵ Cass. crim., 30 oct. 2012, *Bull. crim.*, n°228 ; Cass. crim., 26 juin 2013, *Bull. crim.*, n°164, *préc.*

²⁷⁴⁶ Cass. crim., 25 juin 1984, *préc.* ; Cass. crim., 20 mars 1990, *préc.* Dans ces arrêts, la Cour accepte l'interrogatoire d'un mis en examen sur les faits nouveaux, mais précise aussitôt que ces faits ne doivent pas donner lieu à inculpation ; Cass. crim., 1^{er} déc. 1998, *préc.* ; Cass. crim., 16 fév. 2000, *préc.* ; Cass. crim., 11 mai 2000, *préc.* ; Cass. crim., 20 nov. 2007, *préc.*

²⁷⁴⁷ Cass. crim., 27 mars 2012, *Bull. crim.*, n°82.

²⁷⁴⁸ Cass. crim., 30 mai 1996, *préc.*

d'une commission rogatoire²⁷⁴⁹ même internationale²⁷⁵⁰, les vérifications auprès de l'administration fiscale²⁷⁵¹, les remises volontaires de documents²⁷⁵², les réquisitions²⁷⁵³. Ces mesures tendent juste à vérifier la pertinence des informations recueillies afin que le parquet dispose d'éléments suffisants pour se prononcer sur l'opportunité des poursuites²⁷⁵⁴. Elles s'opposent aux investigations ou vérifications approfondies et aux actes coercitifs prohibés sur des faits nouveaux. Différents actes composent cette catégorie. Pour la Cour de cassation, elle comprend la mise en examen (l'inculpation avant 1993)²⁷⁵⁵, l'expertise²⁷⁵⁶, la garde à vue²⁷⁵⁷, le mandat d'amener²⁷⁵⁸, les interceptions de conversations téléphoniques²⁷⁵⁹, les perquisitions²⁷⁶⁰ et les saisies²⁷⁶¹.

537. Les actes interdits au juge d'instruction lorsqu'il découvre des faits nouveaux ne forment pas une catégorie totalement homogène. Certaines mesures d'instruction, bien qu'essentielles au cours d'une information judiciaire, se mélangent aux actes coercitifs proprement dits. Ainsi en est-il de la mise en examen et de l'expertise. Certes d'aucuns estiment que la mise en examen est « un acte capital pour celui qui en est l'objet » et constitue dès lors « par assimilation une mesure coercitive » (*sic*)²⁷⁶². Cette conclusion n'emporte pas l'approbation. Si elle s'analyse comme le préalable indispensable à des actes coercitifs, en l'occurrence au contrôle judiciaire, à l'assignation à résidence avec surveillance électronique et à la détention provisoire, la mise en examen ne se confond pas pour autant avec ceux-ci²⁷⁶³. Conférant la qualité de partie, elle ne porte pas intrinsèquement atteinte à la liberté de l'individu. Lorsque celui-ci se trouve retenu contre son gré, c'est qu'un mandat de justice a été décerné à son encontre. Avant la loi du 15 juin 2000, le juge d'instruction pouvait d'ailleurs procéder à la mise en examen d'une personne par simple envoi d'une lettre recommandée²⁷⁶⁴. Cet acte « capital » ressemble alors davantage à un acte préparatoire à des actes coercitifs. Il constitue leur support mais ne s'analyse pas comme un acte coercitif *stricto sensu*²⁷⁶⁵. Quant à l'expertise, elle demeure une investigation de grande ampleur, en ce sens qu'elle vise à répondre à une (ou plusieurs) question d'ordre technique

²⁷⁴⁹ Cass. crim., 1^{er} déc. 1998, préc. ; Cass. crim., 16 fév. 2000, préc. La Cour de cassation a toutefois censuré l'absence de spécialité d'une commission rogatoire : Cass. crim., 28 sept. 2005, préc. (délégation trop large et hors saisine).

²⁷⁵⁰ Cass. crim., 20 nov. 2007, préc.

²⁷⁵¹ Cass. crim., 30 juin 1999, préc.

²⁷⁵² Cass. crim., 30 juin 1999, préc.

²⁷⁵³ Cass. crim., 1^{er} fév. 2011, Bull. crim., n°15.

²⁷⁵⁴ Elles sont commandées par l'urgence. Sur cette condition, D. REBUT, chron. préc., spéc. p. 293 et 294.

²⁷⁵⁵ Cass. crim., 25 juin 1984, préc. ; Cass. crim., 20 mars 1990, préc. ; Cass. crim., 30 mai 1996, préc.

²⁷⁵⁶ Cass. crim., 30 mai 1996, préc.

²⁷⁵⁷ Cass. crim., 30 mai 1996, préc. ; Cass. crim., 1^{er} avril 1998, préc. ; Cass. crim., 1^{er} oct. 2003, préc.

²⁷⁵⁸ Cass. crim., 6 fév. 1996, préc.

²⁷⁵⁹ Cass. crim., 6 fév. 1996, préc.

²⁷⁶⁰ Cass. crim., 6 fév. 1996, préc. ; Cass. crim., 1^{er} oct. 2003, préc.

²⁷⁶¹ Cass. crim., 30 mai 1996, préc. ; Cass. crim., 24 nov. 1998, préc.

²⁷⁶² J. PRADEL, note préc. sous Cass. crim., 6 fév. 1996, p. 201.

²⁷⁶³ Rappr., A. MARON et M. HAAS, note sous Cass. crim., 15 fév. 2011, Dr. pénal, 2011, comm. n°56.

²⁷⁶⁴ Ancien art. 80-1, al. 3 du C.P.P., dans sa rédaction issue de la loi du 24 août 1993.

²⁷⁶⁵ Les commissions rogatoires peuvent encore s'analyser comme des actes préparatoires à des actes coercitifs puisqu'elles permettent de procéder à des perquisitions et saisies, des gardes à vue, des interceptions de conversations téléphoniques, etc. La mise en examen reste prohibée, car sinon elle témoignerait d'une autosaisine flagrante du juge d'instruction.

souvent déterminante pour l'issue du procès²⁷⁶⁶. Toutefois, elle ne possède à l'évidence aucune nature coercitive.

538. Il faut en fin de compte se garder de croire que tous les actes refusés au magistrat instructeur sur des faits nouveaux sont nécessairement coercitifs. L'étude de la jurisprudence révèle que certains actes d'information, dénués de caractère coercitif, restent également prohibés. Sans doute la Cour de cassation n'a-t-elle pas défini la notion d'acte coercitif. Elle a au moins le mérite de rassembler des actes *a priori* semblables dans une même catégorie. C'est le cas de la garde à vue, du mandat d'amener, des écoutes téléphoniques et des perquisitions et saisies. Toute la question est donc de déterminer le ou les critères sur lesquels elle se fonde pour opérer ce regroupement. Il a été indiqué à cet égard qu'« aux yeux de la chambre criminelle, les actes coercitifs sont les actes qui portent atteinte à la liberté »²⁷⁶⁷. Ces actes divers paraissent avoir un point commun : ils constituent des actes graves²⁷⁶⁸. Plus précisément, ils sont source d'un grief très grave pour la personne concernée. Ils permettent de la priver de liberté, de fouiller son domicile, d'écouter ses conversations personnelles...

539. En cela, l'acte coercitif s'oppose à la vérification sommaire. Il présente une véritable différence de nature avec elle, non une simple différence de degré. Celle-ci demeure incapable d'engendrer un grief d'une telle gravité. Si elle cause un grief, celui-ci s'avère assez faible. Il ne peut jamais s'agir en tout cas d'une atteinte à la liberté individuelle. Au contraire, les actes coercitifs attenteraient, eux, à la liberté individuelle. Pour preuve, la chambre criminelle n'a vu dans la remise volontaire de documents qu'une vérification sommaire – et l'a donc admise sur des faits nouveaux –, alors qu'elle a qualifié la perquisition d'acte coercitif – et l'a interdite sur de tels faits –²⁷⁶⁹. Cette particularité expliquerait, en partie, le refus traditionnel de la Cour de cassation d'autoriser l'exécution d'actes coercitifs à l'égard de faits pour lesquels le juge d'instruction n'a pas été saisi. En raisonnant à partir de la jurisprudence relative aux faits nouveaux, il apparaît donc possible d'esquisser la spécificité du grief produit par l'acte coercitif. Cette spécificité peut encore être entrevue dans d'autres matières.

2°- Les indices en dehors de la jurisprudence relative aux faits nouveaux

540. Certaines décisions, notamment des juges du fond, ainsi que certains moyens développés dans les pourvois en cassation, accréditent l'idée selon laquelle l'acte coercitif génère un grief grave. En effet, l'accent est parfois mis sur le lien qui unit cet acte à l'atteinte à la liberté individuelle. Dans un

²⁷⁶⁶ Art. 156 et s. du C.P.P. C'est la raison pour laquelle cette mesure est strictement réglementée (choix des experts, délais, contradiction...) et fait l'objet d'un certain formalisme (serment des experts...).

²⁷⁶⁷ J. PRADEL, note préc. sous Cass. crim., 6 fév. 1996, p. 201.

²⁷⁶⁸ En ce sens aussi, J. PRADEL, *ibid.*

²⁷⁶⁹ V. les arrêts précités.

arrêt rendu le 16 janvier 1998, la cour d'appel de Caen a par exemple considéré qu' « une réquisition ne peut être assimilée à une perquisition, visite domiciliaire et saisie de pièces, opérations dont la nature coercitive et attentatoire à la liberté individuelle justifie le respect de formes procédurales spécifiquement définies à l'article 76 du Code de procédure pénale (...) »²⁷⁷⁰. S'agissant des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris a rappelé que « les prescriptions du troisième alinéa de l'article 706-95 du code de procédure pénale ont pour objet de permettre à un juge du siège de contrôler la régularité d'opérations attentatoires à la liberté individuelle ordonnées lors d'une enquête conduite sous l'autorité du procureur de la République »²⁷⁷¹.

541. Le lien entre l'acte coercitif et l'atteinte à la liberté individuelle se retrouve dans les pourvois en cassation. Même si cette illustration déborde la procédure pénale *stricto sensu*, des perquisitions et saisies sont possibles en matière fiscale afin de rechercher la preuve d'une fraude. L'administration des impôts doit être autorisée par le juge des libertés et de la détention pour pouvoir les effectuer, conformément aux dispositions de l'article L. 16-B du Livre des procédures fiscales. Un moyen de cassation a ainsi affirmé qu' « une ordonnance qui autorise une visite domiciliaire porte nécessairement atteinte à la liberté individuelle et à l'inviolabilité du domicile »²⁷⁷². D'autres moyens ont par la suite repris cet argument ou ont avancé une argumentation très proche²⁷⁷³. En outre, la sonorisation et la fixation d'images de certains lieux ou véhicules²⁷⁷⁴ s'analyse comme un acte coercitif. Il a été soutenu, à ce titre, que les prescriptions des articles 706-96 et 706-97 du C.P.P. sont « destinées à garantir les droits et libertés individuels » et comme elles « touchent à la compétence du juge et sont d'ordre public », « leur inobservation fait nécessairement grief aux personnes concernées »²⁷⁷⁵.

542. Un autre indice procède de la lettre et de l'esprit de la loi. Les mesures de contrainte doivent être strictement nécessaires (et proportionnées) selon les termes de l'article préliminaire du Code de procédure pénale. Il s'agit d'une condition de fond de celles-ci. Cette garantie vise à empêcher l'accomplissement d'actes coercitifs injustifiés, voire arbitraires²⁷⁷⁶. Or si le législateur impose la nécessité de ces actes, c'est bien parce qu'ils causent un grief grave à l'intéressé : ils attentent à ses libertés. Si ceux-ci ne lui faisaient pas grief ou s'ils ne produisaient qu'un grief dérisoire, ils pourraient être effectués dans tous les cas et il importerait peu qu'ils soient nécessaires ou non. Cette condition ne serait pas exigée. Ainsi le contrôle judiciaire ne doit être adopté que s'il apparaît strictement

²⁷⁷⁰ CA Caen, 16 janv. 1998, citée dans Cass. crim., 24 mars 1999, Bull. crim., n°56.

²⁷⁷¹ CA Paris (ch. instr.), 27 fév. 2007, citée dans Cass. crim., 26 juin 2007, Bull. crim., n°172.

²⁷⁷² V. le moyen au pourvoi avancé par Alexander Z... dans Cass. crim., 22 fév. 2001, Inédit, n°99-30293.

²⁷⁷³ V. le deuxième moyen commun aux demandeurs dans Cass. crim., 17 mai 2001, Inédit, n°99-30070.

²⁷⁷⁴ Art. 706-96 et s. du C.P.P.

²⁷⁷⁵ V. le premier moyen de cassation dans Cass. crim., 13 nov. 2008, Bull. crim., n°230.

²⁷⁷⁶ Sur la condition de nécessité et son appréciation, V. *supra*, n°364 et s.

nécessaire, vu qu'il s'accompagne de mesures restrictives de liberté. Parce qu'elle entraîne une privation de liberté avant jugement qui entame la présomption d'innocence, la mise en détention provisoire doit demeurer exceptionnelle²⁷⁷⁷. Elle ne saurait être banalisée en raison de son aspect particulièrement dangereux pour la liberté individuelle²⁷⁷⁸. Elle génère en effet un préjudice intrinsèque. Ce grief très grave permet d'expliquer son caractère exceptionnel²⁷⁷⁹.

543. De plus, si les actes coercitifs ne causaient aucun préjudice ou simplement un préjudice minime, le législateur ne prendrait pas soin de les entourer de garanties. Rien ne justifierait qu'il multiplie les garanties procédurales en faveur des personnes suspectées ou poursuivies. En soumettant l'exécution de tels actes à des conditions de forme précises, celui-ci entend les encadrer. La garde à vue, les perquisitions ou encore les écoutes téléphoniques ne peuvent être décidées que par certaines autorités énumérées par la loi²⁷⁸⁰, demeurent limitées dans le temps, doivent répondre à un certain formalisme... S'agissant notamment de la garde à vue, le suspect doit recevoir une notification immédiate de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête, de la durée de la mesure, des différents droits dont il dispose, etc²⁷⁸¹. Elle fait gravement grief au suspect maintenu à la disposition de l'O.P.J. contre son gré. Elle encourt alors l'annulation en cas d'irrespect de ces formes prescrites par la loi²⁷⁸². Voilà une garantie instituée pour les personnes privées momentanément de liberté²⁷⁸³. Pour conclure, tous ces indices montrent que l'acte coercitif produit un grief spécifique, caractérisé par sa gravité. Ce grief consiste en une atteinte à la liberté individuelle. Mieux, il s'analyse en une atteinte aux libertés individuelles. Celle-ci forme le cœur du grief et, *de facto*, le véritable critère de l'acte coercitif.

B – L'atteinte aux libertés individuelles : le critère proposé

544. Il paraît inconcevable d'avancer que l'acte coercitif atteinte aux libertés individuelles sans s'expliquer sur le choix de ce critère, partant de cette notion. Une telle méthode serait critiquable en ce qu'elle procéderait par affirmation et non par démonstration. De plus, choisir un concept conduit forcément à écarter les autres. Il convient alors de montrer que le critère de l'atteinte aux libertés

²⁷⁷⁷ Art. 137 *in fine* du C.P.P.

²⁷⁷⁸ V. aussi, G. LEBRETON, Libertés publiques et droits de l'Homme, Dalloz-Sirey, 8^{ème} éd., 2009, p. 395.

²⁷⁷⁹ La gravité du préjudice résultant d'une détention provisoire injustifiée est évidente. Il a été écrit que les compensations financières n'ont « qu'un effet relatif et ne permettent pas de réparer un préjudice parfois incommensurable » : V. J. MORANGE, Manuel des droits de l'homme et libertés publiques, P.U.F., Droit fondamental, 1^{ère} éd., 2007, n°106, p. 155. D'ailleurs, la réparation témoigne déjà elle-même de la gravité du grief subi.

²⁷⁸⁰ D'une manière générale, ce sont au moins des O.P.J. ou des magistrats – exclusivement d'ailleurs pour les écoutes téléphoniques – et non de simples A.P.J.

²⁷⁸¹ Art. 63-1 du C.P.P.

²⁷⁸² V. par ex., Cass. crim., 30 avril 1996, Bull. crim., n°182 ; Cass. crim., 2 mai 2002, Inédit, n°01-88453.

²⁷⁸³ V. aussi, P. WACHSMANN, Libertés publiques, Dalloz, Cours, 7^{ème} éd., 2013, n°423.

individuelles est le seul idoine, les autres notions se révélant inadaptées. Ainsi sera justifié le choix de cette notion (1°) et il suffira d'en fournir le contenu précis (2°).

1°- Le choix justifié de la notion de libertés individuelles

545. Il faut s'assurer que ce sont bien les libertés individuelles, et elles seules, qui se trouvent affectées par l'acte coercitif. Il existe bon nombre de notions *a priori* proches de celle-ci. Pourquoi ne pas soutenir que l'acte coercitif attente aux libertés publiques, à la liberté personnelle, etc ? Au vrai, ces notions possèdent toutes des défauts rédhibitoires. Elles sont inadaptées. Trop compréhensives (a) ou trop étroites (b), elles doivent être rejetées. Seul le concept de libertés individuelles permet de saisir, de façon satisfaisante, la nature spécifique du grief généré par l'acte coercitif²⁷⁸⁴.

a) Le rejet de notions trop compréhensives

546. En dépit de leur grande diversité, les actes coercitifs adoptés en procédure pénale n'entament pas toutes les libertés dont jouissent les personnes. Certaines d'entre-elles apparaissent épargnées. Plusieurs notions, trop larges, semblent incapables de refléter cette réalité. Elles renferment des libertés dont il n'est guère question en procédure pénale. Celles-ci demeurent, la plupart du temps, hors d'atteinte des actes coercitifs. Il s'agit notamment des notions de libertés publiques (α), de droits de l'homme (β) et de libertés fondamentales (γ).

α) La notion de libertés publiques

547. Historiquement, la liberté publique est conçue par opposition à la liberté individuelle, au sens étroit, c'est-à-dire à la sûreté et au droit à l'intimité. Elle s'exerce dans les lieux publics (réunion, manifestation) ou elle a trait à l'exercice de droits de citoyens (pétition, élection)²⁷⁸⁵. Au début du XIXe siècle, les juristes distinguent entre liberté publique et liberté privée²⁷⁸⁶. Les droits politiques s'opposent ainsi aux droits civils, vite remplacés par les expressions droits individuels ou libertés individuelles²⁷⁸⁷. Aujourd'hui, les libertés sont qualifiées de publiques par l'article 34 de la

²⁷⁸⁴ V. d'ailleurs, Y. MADIOT, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruylant, 1998, p. 8, qui se prête à un exercice de sémantique et la manière très instructive dont il justifie ce travail : « C'est, presque, un exercice obligé tant est grand le nombre des expressions utilisées. Libertés publiques, libertés fondamentales, droits de l'homme, droits fondamentaux, droits de la personne : en voici une variété (qui n'est pas exhaustive : l'expression "droits publics individuels" est aussi employée) qui ne peut que susciter la perplexité de celui qui veut s'intéresser à l'étude des libertés. Laquelle retenir ? Il ne s'agit pas là d'un exercice purement intellectuel dans la mesure où ces expressions renvoient à une certaine conception de "la" liberté ».

²⁷⁸⁵ P. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, L.G.D.J., 1968, *Bibl. dr. public*, t. 76, préf. G. DUPUIS, p. 4 et 5.

²⁷⁸⁶ V. P. BRAUD, *op. cit.*, p. 5.

²⁷⁸⁷ V. P. BRAUD, *op. cit.*, p. 9 et 10. Jusqu'en 1940 surtout, la doctrine désigne les libertés publiques sous les termes de droits individuels, libertés individuelles, droits publics individuels ou droits de l'homme. Par ex., P. DUEZ, *Esquisse d'une*

Constitution du 4 octobre 1958. Aux termes de ce texte, la loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. Cette qualification n'a pas été retenue en vue de les opposer à des libertés privées²⁷⁸⁸.

548. Les libertés publiques ont été définies comme « certaines facultés, de nombre et d'étendue variables, dont le législateur, sous la pression de courants d'idées déterminées, a été amené à organiser le libre exercice par l'individu, les transformant ainsi en droits objectifs »²⁷⁸⁹. Elles ont aussi été perçues comme « des pouvoirs d'autodétermination consacrés par le droit positif », car « ce qui rend "publique" une liberté, quel qu'en soit l'objet, c'est l'intervention du pouvoir pour la reconnaître et l'aménager. Cette intervention donne, à la liberté, la consécration du droit positif »²⁷⁹⁰. Dans leur définition, les auteurs soulignent cette idée de reconnaissance juridique²⁷⁹¹. Aussi, les libertés faisant l'objet d'une simple revendication ou celles reconnues par des textes dénués de puissance contraignante ne doivent pas recevoir cette qualification. Mais compte tenu du nombre de libertés qui bénéficient d'une telle consécration, la catégorie apparaît très compréhensive. Un vieil avis rendu par le Conseil d'Etat en août 1947 l'indique : « le terme de libertés publiques comprend, indépendamment de la liberté individuelle, les grandes libertés qui, n'étant pas limitées à l'individu seul, se manifestent au dehors et comportent l'action de coparticipants ou l'appel au public ; en conséquence rentrent notamment dans cette catégorie des libertés publiques la liberté de réunion, la liberté d'association et avec elle la liberté syndicale, la liberté de la presse et, d'une manière générale, de diffusion de la pensée, la liberté de conscience et des cultes, la liberté de l'enseignement »²⁷⁹².

549. Il est certain que les libertés d'expression, d'association, du travail, de réunion ou de manifestation constituent des libertés publiques dont l'entrave est incriminée par le Code pénal²⁷⁹³. Sans doute la notion juridique de liberté publique subit-elle une crise. Elle est devenue

définition réaliste des droits publics individuels, Mélanges R. CARRE DE MALBERG, Sirey, 1933, p. 111 et s., spéc. p. 113 et 114.

²⁷⁸⁸ P. WACHSMANN, Libertés publiques, *op. cit.*, n°2, notant que « l'adjectif introduit une précision quant à l'origine de la contrainte sociale dont il vient d'être question : les libertés sont envisagées en tant qu'objets de la réglementation juridique ».

²⁷⁸⁹ G. MORANGE, Contribution à la théorie générale des libertés publiques, Thèse, Nancy, 1940, p. 45 et 46.

²⁷⁹⁰ J. RIVERO, H. MOUTOUH, Libertés publiques, t. I, P.U.F., Thémis droit public, 9^{ème} éd., 2003, n°8.

²⁷⁹¹ V. P. DUEZ, *op. cit.*, p. 127 et s., spéc. p. 132 et 133 ; P. BRAUD, *op. cit.*, p. 41 : « Ce sont des obligations juridiques de l'Etat constitutives de droits au profit des particuliers » ; R. LETTERON, Libertés publiques, Dalloz, Précis, 9^{ème} éd., 2012, n°198 : « Il est en effet possible de dégager une définition de la notion de "liberté publique" comme une liberté aménagée, sanctionnée, garantie par le droit. (...) La liberté "publique" est celle qui est consacrée par le droit, quelle que soit la norme qui réalise cette consécration et quel que soit le juge chargé de la garantir » ; J. MORANGE, Manuel des droits de l'homme et libertés publiques, *op. cit.*, n°88, p. 135, selon lequel « il y a liberté publique lorsque l'individu se voit reconnaître par l'Etat le droit d'exercer, à l'abri des pressions extérieures, une activité déterminée » ; L. FAVOREU et *alii*, Droit des libertés fondamentales, Dalloz, Précis, 6^{ème} éd., 2012, n°59 ; H. OBERDORFF, Droits de l'homme et libertés fondamentales, L.G.D.J.-Lextenso, Manuel, 4^{ème} éd., 2013, n°25.

²⁷⁹² V. P. BRAUD, *op. cit.*, p. 7, reprenant cette citation des travaux de LAGRANGE. Et l'on ne peut pas dire que le Conseil constitutionnel ait retenu une conception des libertés publiques : V. CHAMPEIL-DESPLATS, Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ?, *in* Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?, *Jus Politicum*, Rev. dr. pol., 2012, n°7.

²⁷⁹³ Art. 431-1 du C.P. ; C. ROJINSKY, E. DREYER, L'entrave aux libertés publiques, une incrimination dangereuse ?, *D.*, 2004, chron., p. 716 et s.

« imprécise »²⁷⁹⁴. Elle s'avère en tout cas manifestement inadaptée à l'acte coercitif. Celui-ci ne porte pas atteinte, tout au moins directement, aux libertés d'association, de réunion, de manifestation... Certaines libertés, dont ces libertés dites collectives, intéressent peu la procédure pénale²⁷⁹⁵. Les autorités publiques attentent surtout à la liberté individuelle dans cette matière au moyen de la garde à vue, du contrôle judiciaire, de l'assignation à résidence avec surveillance électronique ou de la détention provisoire²⁷⁹⁶. Bien qu'elle constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République, la liberté individuelle n'en est pas moins une liberté publique au sens de l'article 34 de la Constitution²⁷⁹⁷. Soutenir que l'acte coercitif cause un grief spécifique consistant en une atteinte aux libertés publiques n'est donc pas totalement inexact. Cela s'avère néanmoins inapproprié, dans la mesure où il ne porte atteinte qu'à une partie d'entre-elles. La catégorie des libertés publiques comprend maintes libertés qui apparaissent peu menacées²⁷⁹⁸. Le même reproche peut être formulé à l'égard des droits de l'homme.

β) La notion de droits de l'homme

550. Les droits de l'homme ont gagné l'ensemble du droit. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ou la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée le 4 novembre 1950 l'attestent. Mais cette « "notion" depuis longtemps floue et "attrape-tout" » pose problème²⁷⁹⁹. Elle tend à se confondre avec celle de libertés publiques pourtant différente²⁸⁰⁰. Un auteur a proposé de supprimer cette dernière expression pour ne conserver que celle de droits de l'homme²⁸⁰¹. Il s'agirait alors « des droits subjectifs qui traduisent, dans l'ordre juridique, les principes naturels de justice qui fondent la dignité de la personne humaine »²⁸⁰².

551. La doctrine majoritaire ne partage pas cette opinion. Elle enseigne que la notion de droits de l'homme est issue du droit naturel moderne²⁸⁰³. Aussi il importe peu qu'un pays ne les consacre pas, la

²⁷⁹⁴ J. MORANGE, La crise de la notion de liberté publique, Mélanges R. DRAGO, L'unité du droit, Economica, 1996, p. 91 et s., spéc. p. 96. L'auteur évoque les raisons de la crise de cette notion et relève, par exemple, qu'« elle est soumise à des régimes juridiques différents selon la norme qui consacre tel ou tel droit ».

²⁷⁹⁵ Il en est de même des libertés sociales et économiques, telles la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté du travail, le droit de grève, la liberté syndicale, etc.

²⁷⁹⁶ D'ailleurs l'article 431-1 du Code pénal intéresse avant tout les simples particuliers.

²⁷⁹⁷ T. RENOUX, Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel, P.U.A.M.-Economica, 1984, Droit public positif, préf. L. FAVOREU, p. 529.

²⁷⁹⁸ Comme la liberté d'expression (cinématographique) qualifiée de liberté publique par le Conseil d'Etat : V. CE, Ass., 24 janv. 1975, *Ministre de l'information / Société Rome-Paris Films*, J.C.P., 1976, II, 18395, note M. BAZEX.

²⁷⁹⁹ Y. MADIOT, Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme, *op. cit.*, p. 6.

²⁸⁰⁰ V. J. MORANGE, La crise de la notion de liberté publique, *op. cit.*, p. 96. Cela expliquerait, en partie, la crise subie par la notion de liberté publique.

²⁸⁰¹ Y. MADIOT, *op. cit.*, p. 9. L'expression de libertés publiques peut être « source de confusion ». Celles-ci sont en outre « absentes des textes internationaux qui n'utilisent que les expressions droits de l'homme ou libertés fondamentales ». Enfin, elles correspondent à « une vision positiviste des libertés, trop exclusivement positiviste et, par là, réductrice ».

²⁸⁰² Y. MADIOT, *Droits de l'homme*, Masson, 2^{ème} éd., 1991, p. 26. Cette définition est reprise in *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, *op. cit.*, p. 10.

²⁸⁰³ V. à cet égard, P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, *op. cit.*, n°6.

notion dépassant sa reconnaissance par les textes²⁸⁰⁴. Les droits de l'homme s'insèrent dans le droit positif par catégories²⁸⁰⁵ ; les libertés publiques constituent l'une de ces catégories²⁸⁰⁶. Ils forment une catégorie plus large puisqu'ils comprennent des créances contre la société (possibilité de trouver un emploi, protection de la santé, accès à l'enseignement...), tenue de fournir des prestations positives (création de services publics). Cette dualité des libertés *stricto sensu* et des créances à l'égard de la société, ces « "pouvoirs d'exiger" », auraient compromis l'émergence d'une catégorie distincte et homogène des droits de l'homme²⁸⁰⁷. Quoi qu'il en soit, si « les libertés publiques sont bien des droits de l'homme, tous les droits de l'homme ne sont pas des libertés publiques »²⁸⁰⁸.

552. Il ne s'agit pas de trancher ici une quelconque controverse, en revanche de souligner qu'il est difficile d'analyser l'acte coercitif comme un acte attentatoire aux droits de l'homme. Cette notion se révèle à son tour inadaptée. Celui-ci ne porte pas plus atteinte, du moins directement, à la liberté de conscience, de la communication audiovisuelle, aux libertés collectives (libertés d'association, de réunion...)²⁸⁰⁹, qu'au droit à la santé, à l'éducation, au logement, au transport²⁸¹⁰... Ni la plupart des libertés publiques ni les droits-créances n'apparaissent entamés. Le contenu de la catégorie des droits de l'homme demeure trop large. C'est le cas même lorsque la doctrine pénale ne retient que ceux qui concernent de plus près le fonctionnement de la procédure pénale²⁸¹¹. Ils contiennent, par exemple, les droits de la défense²⁸¹². Or l'acte coercitif n'est pas censé leur porter atteinte. Il semble, au contraire, les instaurer en contrepartie de l'atteinte qu'il opère aux libertés individuelles. Les règles techniques relatives au placement en garde à vue ou en détention provisoire le montrent assez²⁸¹³. Les droits de

²⁸⁰⁴ J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, *op. cit.*, n°10.

²⁸⁰⁵ Comme « les principes généraux du droit public » ou « les principes à valeur constitutionnelle ».

²⁸⁰⁶ J. RIVERO, H. MOUTOUH, *op. cit.*, n°10 ; V. aussi, J. MORANGE, *La crise de la notion de liberté publique*, *op. cit.*, p. 95 ; J. MORANGE, *Manuel des droits de l'homme et libertés publiques*, *op. cit.*, p. 135 : « Les libertés publiques apparaissent clairement comme une traduction juridique des droits de l'homme réalisée par le législateur » ; L. FAVOREU et *alii*, *op. cit.*, n°57 ; H. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, *op. cit.*, n°25.

²⁸⁰⁷ V. J. RIVERO, *Les droits de l'homme, catégorie juridique ?*, Mélanges E. SAYAGUES-LASO (*Perspectivas del Derecho Publico en la segunda mitad del siglo XX*), t. III, Madrid, 1969, p. 21 et s., spéc. n°8, p. 33.

²⁸⁰⁸ J. RIVERO, H. MOUTOUH, *op. cit.*, n°11. Les deux notions « se recourent largement, mais ne se recouvrent pas ». *Adde*, P. WACHSMANN, *op. cit.*, n°7.

²⁸⁰⁹ Ou encore à la lutte contre l'esclavage, la répression du crime de génocide ou bien à l'égalité et la non-discrimination. V. les droits de l'homme recensés par H. OBERDORFF, J. ROBERT, *in Libertés fondamentales et droits de l'homme. Textes français et internationaux*, L.G.D.J.-Lextenso, 11^{ème} éd., 2013.

²⁸¹⁰ Sur la question des droits-créances : J. ARLETTAZ, *Libertés individuelles et dignité de la personne humaine*, *in Le grand oral : protection des libertés et des droits fondamentaux*, Gazette du palais-Lextenso, 8^{ème} éd., 2013, S. GUINCHARD (dir.), p. 545 et s., not. n°8.10 et 8.12. Ce sont les droits économiques, sociaux et culturels qui se sont développés dans les sociétés modernes : R. CASSIN, *Droits de l'homme et méthode comparative*, R.I.D.comp., 1968, p. 449 et s., spéc. n°22, p. 460.

²⁸¹¹ Pour un effort de délimitation des droits de l'homme : J. et A.-M. LARGUIER, *in La protection des droits de l'homme dans le procès pénal (dans le sens de la protection des droits des personnes suspectes ou poursuivies depuis l'enquête jusqu'à la fin du procès)*, R.I.D.P., 1966, p. 95 et s., spéc. p. 101 et 102. Mais ils concèdent que « les droits de l'homme sont si nombreux et si larges qu'à vrai dire ils touchent tous à la procédure pénale ».

²⁸¹² J. et A.-M. LARGUIER, *op. cit.*, p. 102 et p. 135 à 148, où est traitée « la protection des droits de l'inculpé » à l'égard de la justice, puis à l'égard de la victime.

²⁸¹³ Il s'agit notamment des règles protectrices en faveur du gardé à vue (information sur la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête, notification des droits...) ou du mis en examen (présence de l'avocat, organisation d'un débat contradictoire devant le juge des libertés et de la détention...).

l'homme restent donc inadéquats à traduire la spécificité du grief occasionné par l'acte coercitif. Cette expression ne doit pas être utilisée à l'image de celle de liberté fondamentale.

γ) La notion de libertés fondamentales

553. Il semble d'abord spécieux et sans grand intérêt d'entreprendre de distinguer le droit fondamental de la liberté fondamentale, tant ces notions paraissent proches. Dans certaines décisions, le Conseil constitutionnel juxtapose les deux termes. Il évoque soit « les libertés et droits fondamentaux »²⁸¹⁴, soit « les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle »²⁸¹⁵. La Cour européenne des droits de l'homme protège, pour sa part, le « droit fondamental à la liberté d'expression »²⁸¹⁶, ainsi que le « droit fondamental à liberté, garanti par l'article 5 de la Convention »²⁸¹⁷. Quant au Conseil d'Etat, il a jugé que « la notion de liberté fondamentale au sens où l'a entendue le législateur lors de l'adoption de la loi n°2000-597 du 30 juin 2000 (...) englobe, s'agissant des ressortissants étrangers (...), le droit constitutionnel d'asile »²⁸¹⁸. Il a également qualifié le droit de propriété²⁸¹⁹ et le droit de grève²⁸²⁰ de libertés fondamentales. La doctrine soutient d'ailleurs parfois qu'il serait inutile d'opposer les droits aux libertés²⁸²¹.

554. Appartenant à la réalité juridique, le concept de droits (et libertés) fondamentaux s'ajoute alors à ceux de libertés publiques et droits de l'homme²⁸²². Importé d'Allemagne (la Loi fondamentale de 1949 le mentionne)²⁸²³, il aurait même supplanté celui de libertés publiques²⁸²⁴. Ces droits

²⁸¹⁴ Par ex., C.C., 22 avril 1997, n°97-389 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, J.O. du 25 avril 1997, p. 6271, cons. 10, 11 et 43 ; C.C., 10 juin 1998, n°98-401 DC, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, J.O. du 14 juin 1998, p. 9033, cons. 3.

²⁸¹⁵ C.C., 22 janv. 1990, n°89-269 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, J.O. du 24 janv. 1990, p. 972, cons. 33 ; C.C., 13 août 1993, n°93-325 DC, préc., cons. 3. Avant la décision du 22 janvier 1990 qui emploie cette expression pour la première fois, le juge constitutionnel a affirmé « le caractère fondamental du droit de propriété » : C.C., 16 janvier 1982, n°81-132 DC, *Loi de nationalisation*, J.O. du 17 janv. 1982, p. 299, cons. 16 ; C.C., 11 oct. 1984, n°84-181 DC, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, J.O. du 13 oct. 1984, p. 3200, cons. 37.

²⁸¹⁶ Par ex., CEDH, 25 nov. 1997, *Zana / Turquie*, n°69/1996/688/880, §55 ; CEDH, 19 avril 2001, *Marònek / Slovaquie*, n°32686/96, §54.

²⁸¹⁷ CEDH, 22 déc. 2004, *Bojilov / Bulgarie*, n°45114/98, §60.

²⁸¹⁸ CE, ord., 12 janv. 2001, n°229039, *Hyacinthe*.

²⁸¹⁹ CE, ord., 23 mars 2001, n°231559, *Société Lidl*.

²⁸²⁰ CE, 9 déc. 2003, n°262186, *Mme Aguillon et autres*.

²⁸²¹ V. E. DREYER, *Du caractère fondamental de certains droits*, R.R.J., 2006, p. 551 et s., spéc. n°6, p. 556. Adde, L. FAVOREU, *La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés*, D., 2001, chron., p. 1739 et s., not. n°III. V. toutefois, P. WACHSMANN, *L'atteinte grave à une liberté fondamentale*, R.F.D.A., 2007, p. 58 et s., spéc. p. 60 et 61, soulignant que « l'article L. 521-2 (C.J.A.) ne s'applique pas aux droits fondamentaux, mais aux libertés fondamentales : on ne peut à la fois tenir ces notions comme strictement équivalentes et cependant exiger une formulation en termes de droits subjectifs ».

²⁸²² F. TERRE, *Sur la notion de libertés et droits fondamentaux*, in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 20^{ème} éd., 2014, R. CABRILLAC (dir.), p. 3 et s., not. n°15, p. 6 ; J. FAVRE, B. TARDIVEL, *Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle »*, R.D.P., 2000, p. 1411 et s., spéc. p. 1419 et 1420 ; P. FRAISSEIX, *Les droits fondamentaux, prolongement ou dénaturation des droits de l'homme ?*, R.D.P., 2001, p. 531 et s., not. p. 541 et s. Sur la distinction : H. OBERDORFF, *op. cit.*, n°27.

²⁸²³ M. FROMONT, *Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne*, Mélanges C. EISENMANN, Cujas, 1975, p. 49 et s.

fondamentaux n'ont cependant été définis ni par les textes (internationaux) ni par la jurisprudence (constitutionnelle). La doctrine en a proposé plusieurs définitions. Selon une approche générale, ces droits sont « assez essentiels pour fonder et déterminer, plus ou moins directement, les grandes structures de l'ordre juridique tout entier en ses catégories, dans lequel et par lesquelles ils cherchent à se donner ainsi les moyens multiples de leurs garanties et de leur réalisation »²⁸²⁵. Ils ont aussi été regardés comme « un ensemble de droits et de garanties que l'ordre constitutionnel reconnaît aux particuliers dans leurs rapports avec les autorités étatiques. Ces droits sont “fondamentaux”, d'une part, parce qu'ils se rapportent à l'homme qui est le fondement de tout droit, et, d'autre part, parce que les conséquences de leur reconnaissance traversent ou devraient traverser tout l'ordre juridique. Les droits ainsi caractérisés englobent les libertés constitutionnelles, y compris les droits sociaux et les différentes composantes du principe d'égalité »²⁸²⁶. La « fundamentalité » semble bien attachée à l'homme²⁸²⁷.

555. L'utilisation de la notion de droit fondamental a permis au Conseil constitutionnel de créer une nouvelle catégorie de droits à contenu indéterminé. Celle-ci a donc joué le rôle d'un standard juridique²⁸²⁸. L'attribution de la qualification a eu pour but d'instituer un régime spécial de protection pour certains droits en leur conférant la valeur constitutionnelle²⁸²⁹. Voilà la différence essentielle avec les libertés publiques régies par le principe de légalité. Une loi peut venir restreindre l'exercice de celles-ci. La montée des totalitarismes a montré l'insuffisance de ce support normatif²⁸³⁰. Protégées par

²⁸²⁴ A. VIALA, Droits fondamentaux (notion), Dictionnaire des droits fondamentaux, Dalloz, 2010, D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO (dir.), p. 303 et s., spéc. p. 304 à 306 ; L. FAVOREU et *alii*, Droit des libertés fondamentales, *op. cit.*, n°68-1 et 69. Certains auteurs apparaissent beaucoup plus réservés sur ce point : V. J. RIVERO, H. MOUTOUH, Libertés publiques, *op. cit.*, n°33 ; P. WACHSMANN, Libertés publiques, *op. cit.*, n°5, concluant que « les droits “fondamentaux” ne constituent donc qu'une partie des libertés publiques ». Sur l'ensemble de la question : V. CHAMPEIL-DESPLATS, Des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : effets et enjeux d'un changement de dénomination, *in* Mutation ou crépuscule des libertés publiques ?, *Jus Politicum*, Rev. dr. pol., 2010, n°5, p. 71 et s.

²⁸²⁵ E. PICARD, L'émergence des droits fondamentaux en France, A.J.D.A., 1998, n° spécial, p. 6 et s., spéc. p. 8. Il qualifie les droits fondamentaux de « catégorie hors normes » en ce sens « qu'aucune d'elles ne les contient ni exclusivement ni entièrement, et qu'ils peuvent même, le cas échéant, s'imposer en dépit de leur hiérarchie formelle » (p. 9 et s., spéc. p. 25). Il les analyse aussi comme une « catégorie relative » (p. 26 et s.) et comme une « catégorie autonome » (p. 34 et s.). Sur l'autonomie de cette catégorie, mais entendue dans un sens différent, J. FAVRE, B. TARDIVEL, *op. cit.*, p. 1424 à 1429.

²⁸²⁶ R. BADINTER, B. GENEVOIS, Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux, R.F.D.A., 1990, p. 317 et s., not. p. 317. Pour d'autres définitions : M.-L. PAVIA, Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental, Petites affiches, 6 mai 1994, p. 6 et s., spéc. p. 13, qui reprend une partie de la définition de R. BADINTER et B. GENEVOIS ; M. DELMAS-MARTY, C. LUCAS DE LEYSSAC, Libertés et droits fondamentaux, le Seuil, 2^{ème} éd., 2002, not. p. 10 à 14.

²⁸²⁷ V. d'ailleurs, E. DREYER, *op. cit.*, n°9, p. 558, livrant deux critères pour définir le droit fondamental. Il doit « avoir pour objet de protéger la dignité de l'homme » (critère de l'objet du droit, n°10 et s., p. 558 et s.) et il doit « relever du droit positif », en particulier de « la supra-légalité » (critère de la source du droit, n°17 et s., p. 562 et s.) ; J. FAVRE, B. TARDIVEL, *op. cit.*, p. 1437 ; A. VIALA, *op. cit.*, p. 307.

²⁸²⁸ V. CHAMPEIL-DESPLATS, La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, D., 1995, chron., p. 323 et s., spéc. p. 328.

²⁸²⁹ *Ibid.* ; L. FAVOREU, Rapport général introductif *in* Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux (Actes du IIe colloque d'Aix-en-Provence des 19-20 et 21 fév. 1981), Economica-P.U.A.M., Droit public positif, 1982, préf. A. TUNC, p. 25 et s., spéc. p. 41.

²⁸³⁰ V. A. VIALA, *op. cit.*, p. 317 et 318.

la Constitution et par les textes internationaux²⁸³¹, les libertés fondamentales bénéficient, elles, d'une « immunité » et c'est en cela que réside leur fondamentale²⁸³². Cependant, tous les droits ne doivent pas être qualifiés de fondamentaux afin de conserver un caractère opérant à la notion²⁸³³. Encouragé par le Conseil constitutionnel²⁸³⁴, les juges européens et judiciaires ont pourtant par trop augmenté cette catégorie, ce qui a abouti à affaiblir la notion²⁸³⁵. Elle comprend le droit à l'égalité, la liberté de conscience, les droits de la personnalité, le droit d'accès à la justice, etc.

556. Consacrant expressément la notion de liberté fondamentale, la loi n°2000-597 du 30 juin 2000²⁸³⁶ a créé un article L. 521-2 du C.J.A., aux termes duquel, « saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures »²⁸³⁷. Ainsi le juge administratif se voit-il investi d'une nouvelle fonction²⁸³⁸. Le législateur n'a cependant pas précisé ce qu'il convient d'entendre par « liberté fondamentale » au sens de ce texte²⁸³⁹.

557. Dans ces conditions, la jurisprudence administrative a dû déterminer ce que recouvre la notion. Selon elle, constituent une liberté fondamentale au sens de la loi du 30 juin 2000, le droit au respect de la vie²⁸⁴⁰, la liberté individuelle²⁸⁴¹, la liberté personnelle²⁸⁴², la liberté d'aller et venir²⁸⁴³, le droit

²⁸³¹ Selon certains auteurs, le droit fondamental n'est pas nécessairement constitutionnel : V. M.-L. PAVIA, *op. cit.*, p. 12 ; E. PICARD, *op. cit.*, spéc. p. 10 et 15.

²⁸³² A. VIALA, *op. cit.*, p. 317. Et ce, même si « tous les “droits fondamentaux” que le Conseil constitutionnel s'attache à protéger contre les atteintes que pourrait leur porter le législateur ne sont pas de même nature » : F. GOGUEL, *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux*, R.I.D.comp., 1981, p. 433 et s., spéc. p. 443.

²⁸³³ En ce sens et à juste titre : V. CHAMPEIL-DESPLATS, *op. cit.*, p. 329.

²⁸³⁴ C. FRANCK, L'évolution des méthodes de protection des droits et libertés par le Conseil constitutionnel sous la septième législature, J.C.P., 1986, I, 3256, spéc. n°6, avait déjà dénoncé « la fidélité du Conseil à sa méthode constante, qui consiste à donner au qualificatif “fondamental” une définition beaucoup trop compréhensive pour être opératoire ».

²⁸³⁵ V. E. DREYER, *op. cit.*, spéc. n°35, p. 571, s'agissant du droit européen. Pour le droit privé, V. X. DUPRE DE BOULOIS, Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé, J.C.P., 2007, I, 211, n°24, signalant une « véritable explosion de la catégorie » en droit privé et avouant « qu'il n'existe donc pas un concept de liberté fondamentale ou de droit fondamental à même de rendre compte de l'ensemble des solutions du droit positif français » (n°35).

²⁸³⁶ Loi relative au référé devant les juridictions administratives, J.O. du 1^{er} juill. 2000, p. 9948.

²⁸³⁷ Pour une étude d'ensemble sur cette procédure : O. LE BOT, La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Etude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, L.G.D.J., Fondation Varenne, 2007, collection des thèses, n°9, préf. B. STIRN, avant-propos A. ROUX.

²⁸³⁸ V. G. DRAGO, Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnel et européen, Dr. administratif, 2004, Etude n°11.

²⁸³⁹ La doctrine a défini la liberté fondamentale, parfois avant la création du référé-liberté : V. C. FRANCK, *op. cit.*, n°4, pour qui « doit être tenue pour *fondamentale* celle dont “le caractère est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés” » ; G. BACHELIER, Le référé-liberté, R.F.D.A., 2002, p. 261 et s., soulignant que « finalement ce qui compte c'est le *caractère éminent de la liberté ou du droit en cause* » ; G. GLENARD, Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, A.J.D.A., 2003, p. 2008 et s., spéc. p. 2009 : « (...) une liberté fondamentale est une liberté prévue par une règle de valeur supraréglementaire invocable et dont l'objet revêt une importance particulière justifiant l'application de la protection juridictionnelle prévue par l'article L. 521-2 du Code de justice administrative ».

²⁸⁴⁰ CE, sect., 16 nov. 2011, n°353172, *Ville de Paris* ; CE, 2 déc. 2011, n°354445 ; CE, ord., 13 août 2013, n°370902.

²⁸⁴¹ CE, ord., 15 oct. 2001, n°238934, *Hamani*.

²⁸⁴² CE, ord., 2 avril 2001, n°231965, *Ministre de l'intérieur / Consorts Marcel*.

d'asile²⁸⁴⁴, le droit de grève²⁸⁴⁵, la liberté d'opinion²⁸⁴⁶, la liberté du culte²⁸⁴⁷, la liberté de réunion²⁸⁴⁸, la liberté d'association²⁸⁴⁹, la liberté syndicale²⁸⁵⁰, le droit de mener une vie familiale normale²⁸⁵¹, le droit de propriété²⁸⁵², la liberté d'entreprendre et l'une de ses composantes, la liberté du commerce et de l'industrie²⁸⁵³, la liberté contractuelle²⁸⁵⁴, la liberté d'expression²⁸⁵⁵. Il en va de même du principe du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion²⁸⁵⁶, du principe de libre administration des collectivités territoriales²⁸⁵⁷, du secret des correspondances²⁸⁵⁸, de la liberté d'exercice de leurs mandats par les élus locaux²⁸⁵⁹, de la présomption d'innocence²⁸⁶⁰, du respect de la vie privée²⁸⁶¹, du droit du patient de consentir à un traitement médical et de ne pas subir un traitement qui serait le résultat d'une obstination déraisonnable²⁸⁶², du droit à assurer de manière effective sa défense devant le juge²⁸⁶³ ou du droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction²⁸⁶⁴. Aux yeux du Conseil d'Etat, c'est l'aspect essentiel d'une liberté, son éminence, qui permet de lui octroyer le caractère fondamental²⁸⁶⁵. Il a finalement adopté une conception assez compréhensive de cette notion²⁸⁶⁶, encore que le juge judiciaire en retienne une beaucoup plus large²⁸⁶⁷.

558. La catégorie des libertés et droits fondamentaux apparaît en tout cas trop large pour l'acte coercitif. Affirmer qu'il porte atteinte aux libertés fondamentales serait, une fois de plus, imprécis. Cet acte peut, bien entendu, attenter à certaines d'entre-elles comme la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir ou le secret des correspondances. Mais il n'entame pas – du moins de façon directe là

²⁸⁴³ CE, ord., 9 janv. 2001, n°228928, *Deperthes* ; CE, ord., 5 mars 2001, n°231735, *Djalout* ; CE, 3 avril 2009, n°326721.

²⁸⁴⁴ CE, ord., 12 janv. 2001, préc. ; CE, ord., 6 déc. 2006, n°299218 ; CE, ord., 23 mars 2009, n°325884 ; CE, ord., 8 fév. 2012, n°355884 ; CE, ord., 16 oct. 2013, n°372677.

²⁸⁴⁵ CE, 9 déc. 2003, n°262186, préc. ; CE, ord., 27 oct. 2010, n°343966 ; CE, ord., 23 mai 2011, n°349215.

²⁸⁴⁶ CE, sect., 28 fév. 2001, n°229163, *Casanovas*.

²⁸⁴⁷ CE, ord., 25 août 2005, n°284307, *Commune de Massat*.

²⁸⁴⁸ CE, ord., 30 mars 2007, n°304053, *Ville de Lyon*.

²⁸⁴⁹ CE, ord., 23 juill. 2013, n°370305.

²⁸⁵⁰ CE, ord., 13 nov. 2009, n°333414 ; CE, 18 août 2011, n°351883.

²⁸⁵¹ CE, sect., 30 oct. 2001, n°238211, *Ministre de l'intérieur / Mme Tliba* ; CE, ord., 13 mars 2009, n°325855.

²⁸⁵² CE, ord., 23 mars 2001, n°231559, préc. ; CE, ord., 9 avril 2001, n°232208, 232209, 232210, *Belrose et autres* ; CE, ord., 16 mai 2012, n°359214 ; CE, 16 oct. 2013, n°372769.

²⁸⁵³ CE, ord., 12 nov. 2001, n°239840, *Commune de Montreuil-Bellay*.

²⁸⁵⁴ *Ibid.*

²⁸⁵⁵ CE, 21 avril 2007, n°304961, *ATV*.

²⁸⁵⁶ CE, ord., 24 fév. 2001, n°230611, *Tibéri*.

²⁸⁵⁷ CE, sect., 18 janv. 2001, n°229247, *Commune de Venelles* ; CE, ord., 7 déc. 2006, n°299251 ; CE, ord., 23 oct. 2012, n°363251.

²⁸⁵⁸ CE, ord., 9 avril 2004, n°263759, *M. Vast / Commune de Drancy*.

²⁸⁵⁹ *Ibid.*

²⁸⁶⁰ CE, ord., 14 mars 2005, n°278435, *Gollnisch*.

²⁸⁶¹ CE, ord., 25 oct. 2007, n°310125, *Mme Y* ; R.F.D.A., 2008, p. 328, note O. LE BOT ; CE, ord., 6 juin 2013, n°368816, *Section française de l'observatoire international des prisons* ; D., 2013, p. 1478, obs. M. LENA.

²⁸⁶² CE, ass., 14 fév. 2014, n°375081, 375090 et 375091 ; Procédures, 2014, comm. n°127, note S. DEYGAS.

²⁸⁶³ CE, ord., 18 sept. 2008, n°320384, *Benzined*.

²⁸⁶⁴ CE, ord., 30 juin 2009, n°328879 ; CE, ord., 4 mars 2010, n°336700.

²⁸⁶⁵ V. G. GLENARD, *op. cit.*, p. 2014 ; P. WACHSMANN, L'atteinte grave à une liberté fondamentale, *op. cit.*, p. 61.

²⁸⁶⁶ Le Conseil d'Etat a pourtant refusé de regarder certains droits ou libertés comme une liberté fondamentale ; ainsi du droit au logement, objectif à valeur constitutionnelle : CE, ord., 13 nov. 2009, n°333651 ; CE, ord., 13 nov. 2009, n°333652.

²⁸⁶⁷ X. DUPRE DE BOULOIS, *op. cit.*, n°21. Sur les libertés et droits fondamentaux spécifiques au droit privé, n°24 à 34.

encore – toutes les libertés qualifiées de la sorte. La Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales comprend justement de nombreux droits et libertés étrangers à l’acte coercitif. En témoignent l’interdiction de l’esclavage et du travail forcé²⁸⁶⁸, la liberté de pensée, de croyance et de religion²⁸⁶⁹, la liberté de réunion et d’association²⁸⁷⁰...

559. En somme, les notions de libertés publiques, de droits de l’homme et de libertés fondamentales ne correspondent pas au grief généré par l’acte coercitif. Trop compréhensives, elles s’avèrent inadaptées. Elles ne sont pas les seules. L’acte coercitif ne porte pas non plus atteinte aux libertés essentielles au sens où cette expression a été entendue²⁸⁷¹. Il est de même impropre de soutenir qu’il cause une atteinte aux droits de la personnalité. Ces droits se définissent comme ceux « inhérents à la personne humaine qui appartiennent de droit à toute personne physique (innés et inaliénables) pour la protection de ses intérêts primordiaux »²⁸⁷². Cette notion englobe le droit à la vie, à l’intégrité physique, au respect de la vie privée, le droit à l’honneur et à l’image, à la présomption d’innocence, la liberté sexuelle, etc²⁸⁷³. Elle est donc trop large pour l’acte coercitif, à l’image de celle proche de libre développement de la personnalité²⁸⁷⁴. D’autres concepts se révèlent encore inadéquats. Mais ils sont, à l’inverse, trop étroits.

b) Le rejet de notions trop étroites

560. Peu nombreux, ces concepts se résument pour l’essentiel à celui de liberté personnelle. Apparue dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1988²⁸⁷⁵, la liberté personnelle s’est vue reconnaître valeur constitutionnelle²⁸⁷⁶. Comme elle paraît proche de la liberté individuelle, on s’est demandé si elle ne constituait pas un démembrement de celle-ci²⁸⁷⁷. A partir des décisions rendues par le juge constitutionnel, il a été montré que la notion de liberté personnelle est parfois invoquée dans

²⁸⁶⁸ Art. 4.

²⁸⁶⁹ Art. 9.

²⁸⁷⁰ Art. 11.

²⁸⁷¹ Selon P. BRETTON, *in* L’autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée, L.G.D.J., 1964, Bibl. dr. public, t. 58, préf. P. ARDANT, p. 271 et s., spéc. p. 281, les concepts de « libertés essentielles » et de « droits publics fondamentaux » doivent être pris pour synonymes.

²⁸⁷² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 758, « Personnalité (droits de la) ».

²⁸⁷³ Il est d’ailleurs presque impossible d’établir une liste précise des droits de la personnalité tant ceux-ci restent nombreux et tant la doctrine ne s’accorde pas sur le contenu de cette catégorie. V. A. PENA, *Personnalité (droits de la)*, Dictionnaire des droits fondamentaux, Dalloz, 2010, D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO (dir.), p. 564 et s., not. p. 567 et 568, proposant une classification autour de trois grands axes, l’intégrité physique, l’intégrité morale et le respect de la vie privée.

²⁸⁷⁴ V. X. BIOY, *Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel, essai de comparaison* (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse), R.I.D.comp., 2003, p. 123 et s., spéc. p. 131 et 132. Cette notion a d’ailleurs des liens très forts avec celle de liberté personnelle qui va être examinée.

²⁸⁷⁵ V. C.C., 20 juill. 1988, n°88-244 DC, *Loi portant amnistie*, J.O. du 21 juill. 1988, p. 9448, cons. 22.

²⁸⁷⁶ V. C.C., 25 juill. 1989, n°89-257 DC, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, J.O. du 28 juill. 1989, p. 9503, cons. 23 ; B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1989*, A.I.J.C., 1989, vol. V, p. 471 et s., spéc. p. 503.

²⁸⁷⁷ Sur ce point : N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, L.G.D.J., 1997, Bibl. dr. privé, t. 287, préf. M. GOBERT, n°164, p. 138 et les auteurs cités en note n°3.

des hypothèses distinctes de celles que la notion de liberté individuelle a vocation à recouvrir ; mais, dans d'autres décisions, elle s'en rapproche²⁸⁷⁸. Elle doit être distinguée de la liberté individuelle²⁸⁷⁹. La Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil d'Etat livrent une définition compréhensive de cette notion. Pour le juge européen, c'est « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend »²⁸⁸⁰. Selon le juge administratif, elle consiste à ne pas « subir de contraintes excédant celles qu'imposent la sauvegarde de l'ordre public ou le respect des droits d'autrui »²⁸⁸¹. La doctrine en retient également une conception très large²⁸⁸².

561. Malgré cela, la liberté personnelle ne connaît pas un grand succès. Notion « subsidiaire »²⁸⁸³, « purement fonctionnelle » et « fuyante »²⁸⁸⁴, elle apparaît peu utilisée par les juges. Après y avoir fait référence en matière de droit du travail²⁸⁸⁵ et dans le domaine de la protection des informations à caractère personnel²⁸⁸⁶, le Conseil constitutionnel ne l'emploie plus qu'au sujet de la liberté du mariage²⁸⁸⁷, de la liberté d'aller et venir²⁸⁸⁸ et du droit des étrangers de mener une vie privée et

²⁸⁷⁸ N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n°165 et s., p. 138 et s.

²⁸⁷⁹ A cet égard, X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, 2003, Nouvelle bibliothèque de thèses, préf. H. ROUSSILLON, n°1179 et s., p. 619 et s., spéc. n°1183, p. 621, précisant que « la liberté personnelle semble relever d'une logique propre qui est celle de la protection d'une identité propre, créant une limite à l'intrusion des exigences de la vie en société, alors que la liberté individuelle relève globalement du principe d'autonomie, d'action de l'individu » ; A. PENA-SOLER, *A la recherche de la liberté personnelle désespérément...*, Mélanges L. FAVOREU, *Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, 2007, p. 1675 et s., spéc. p. 1700.

²⁸⁸⁰ CEDH, 29 avril 2002, *Pretty / Royaume-Uni*, n°2346/02, §62, évoquant très précisément le droit à « l'autonomie personnelle », expression synonyme de « liberté personnelle ».

²⁸⁸¹ CE, ord., 8 sept. 2005, *Garde des Sceaux / M. X, D.*, 2006, *jurisp.*, p. 124, note X. BIOY.

²⁸⁸² V. B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *obs. sur C.C.*, 20 janv. 1993, n°92-316 DC, *Petites affiches*, 2 juin 1993, p. 4 et s., spéc. p. 5, pour qui le principe de la liberté personnelle « vise à assurer la sauvegarde de l'individu vis-à-vis de la collectivité. C'est le droit de ne pas subir de contraintes excessives » ; T.-S. RENOUX, *Jurisprudence du Conseil constitutionnel*, R.J.C., 1993, p. 379 et s., spéc. p. 381 et 382 : « Il s'agit donc selon nous d'une notion plus étendue que celle de liberté individuelle, visée par l'article 66 de la Constitution. Elle s'oppose à ce que toute personne, physique mais aussi certainement morale, ne soit l'objet de mesures coercitives, tâtilloannes ou vexatoires, qui sans entamer sa liberté individuelle et notamment sa liberté d'aller et venir, n'en définissent pas moins sans nécessité une technique d'amenuisement progressif de sa liberté d'action, en particulier de l'autonomie de sa volonté. (...) On le voit, le concept de *liberté personnelle*, au-delà de la *liberté d'entreprendre* et de son corollaire la *liberté contractuelle*, recouvre ce que le doyen Carbonnier appelle « *le droit à être laissé tranquille* » ce qui inclut, ainsi que le démontre désormais de manière incontestable la présente décision, la *protection de la vie privée* » (il souligne) ; X. BIOY, *note sous CE, ord.*, 8 sept. 2005, *D.*, 2006, *jurisp.*, p. 124, spéc. p. 127, se fondant sur une distinction évoquée par M. VERPEAUX.

²⁸⁸³ X. BIOY, *note préc.*, p. 127. Elle « ne joue qu'en l'absence de notion plus précise et tend à prendre en compte la vie privée de la personne dans sa double dimension d'intimité et de choix de vie susceptible d'affecter la sphère publique ».

²⁸⁸⁴ N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n°168, p. 141, plaidant pour l'abandon de la notion et ajoutant que son « contenu s'élabore au fil des décisions, selon les difficultés rencontrées par le Conseil constitutionnel ». Sur sa fonction : B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *obs. préc.*, p. 5.

²⁸⁸⁵ V. C.C., 20 juill. 1988, *préc.* ; C.C., 25 juill. 1989, *préc.* ; C.C., 13 janv. 2000, n°99-423 DC, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, J.O. du 20 janv. 2000, p. 992, cons. 36 ; C.C., 18 déc. 2003, n°2003-487 DC, *Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité*, J.O. du 19 déc. 2003, p. 21686, cons. 28. Pour une étude approfondie dans ce domaine : X. BIOY, *Le concept de personne humaine (...), op. cit.*, n°1162, p. 611 à n°1170, p. 616.

²⁸⁸⁶ V. C.C., 25 juill. 1991, n°91-294 DC, *Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes*, J.O. du 27 juill. 1991, p. 10001, cons. 49 ; C.C., 20 janv. 1993, n°92-316 DC, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, J.O. du 22 janv. 1993, p. 1118, cons. 16.

²⁸⁸⁷ V. C.C., 20 nov. 2003, n°2003-484 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, J.O. du 27 nov. 2003, p. 20154, cons. 94 ; C.C., 9 nov. 2006, n°2006-542 DC, *Loi relative au contrôle de la validité des mariages*, J.O. du 15 nov. 2006, p. 17115, cons. 4 ; C.C., Q.P.C., 22 juin 2012, n°2012-261, *M. Thierry B.*, J.O.

familiale normale²⁸⁸⁹. Si son domaine s'est réduit, à tel point qu'elle a même disparu des décisions du Conseil pendant un temps (entre 1993 et 2000), cette notion retrouve un peu de vigueur depuis que celui-ci restreint la notion de liberté individuelle – donc la compétence exclusive du juge judiciaire –, soit depuis une dizaine d'années²⁸⁹⁰. Rattachée aux articles 1, 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²⁸⁹¹, son champ d'application demeure limité²⁸⁹². De son côté, le juge judiciaire ne se réfère quasiment jamais à la liberté personnelle²⁸⁹³. Il a préféré qualifier certaines libertés de fondamentales plutôt que de les analyser comme des composantes de celle-ci. Il a refusé de l'ériger en liberté fondamentale. Bien que le Conseil d'Etat lui ait attribué cette qualification, il se sert peu de cette notion. Il l'utilise dans le cadre du référé-liberté et s'agissant surtout du droit des étrangers²⁸⁹⁴ et du contentieux relatif à la délivrance ou au renouvellement des pièces d'identité²⁸⁹⁵.

562. « Version très “allégée” du principe de libre développement » (de la personnalité)²⁸⁹⁶, la liberté personnelle ne constitue pas la matrice d'autres droits comme à l'étranger. Son contenu reste restreint, même si elle se fonde surtout sur la dignité de la personne²⁸⁹⁷. Elle se révèle, à son tour, inadaptée à l'acte coercitif. Celui-ci attend à des libertés diverses, telles la sûreté, la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile, la propriété... Or, d'une part, la liberté personnelle ne renferme pas toutes

du 23 juin 2012, p. 10357, cons. 5 ; C.C., 17 mai 2013, n°2013-669 DC, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, J.O. du 18 mai 2013, p. 8281, cons. 23.

²⁸⁸⁸ V. C.C., Q.P.C., 9 juill. 2010, n°2010-13, *M. Orient O. et autre*, J.O. du 10 juill. 2010, p. 12841, cons. 8 ; C.C., 10 mars 2011, n°2011-625 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, J.O. du 15 mars 2011, p. 4630, cons. 53 ; D., 2011, act., p. 751 ; C.C., Q.P.C., 5 oct. 2012, n°2012-279, *M. Jean-Claude P.*, J.O. du 6 oct. 2012, p. 15655, cons. 15 ; C.C., Q.P.C., 7 juin 2013, n°2013-318, *M. Mohamed T.*, J.O. du 9 juin 2013, p. 9630, cons. 12.

²⁸⁸⁹ V. C.C., 20 juill. 2006, n°2006-539 DC, *Loi relative à l'immigration et à l'intégration*, J.O. du 25 juill. 2006, p. 11066, cons. 25.

²⁸⁹⁰ Le juge constitutionnel a intégré les différentes composantes de la liberté personnelle à la liberté individuelle (V. not., C.C., 13 août 1993, n°93-325 DC, préc., où la liberté du mariage est rattachée à la liberté individuelle). Puis il a détaché certains droits de la liberté individuelle (comme la liberté du mariage) en fondant la liberté personnelle sur les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

²⁸⁹¹ C.C., Q.P.C., 16 mai 2012, n°2012-249, *Société Cryo-Save France*, J.O. du 17 mai 2012, p. 9155, cons. 4.

²⁸⁹² Et, au fond, c'est peut-être mieux ainsi, car même si la liberté personnelle attire ou attirait des libertés « émancipées » de la liberté individuelle (liberté du mariage, liberté de la vie privée...), il faudrait lui appliquer un régime juridique distinct de celui applicable à celle-ci sous peine de rendre inopérante la construction élaborée. Or il n'est pas raisonnable de penser que la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile ou le secret des correspondances soient un jour soustraits au contrôle du juge judiciaire pour relever de celui du juge administratif. Pour des interrogations sur les garanties dans la protection de la liberté personnelle, A. PARIENTE, *La liberté personnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Mélanges D. G. LAVROFF, *La Constitution et les valeurs*, Dalloz, 2005, p. 267 et s., spéc. p. 279 à 282 ; A. PENA-SOLER, *A la recherche de la liberté personnelle désespérée...*, *op. cit.*, p. 1689.

²⁸⁹³ V. toutefois, CA Versailles, 13 nov. 2007, n°06/06183, posant que « le choix de son lieu d'établissement professionnel relève de sa liberté personnelle » ; Cass. soc., 5 juin 2013, n°12-27478 (Q.P.C.).

²⁸⁹⁴ V. CE, ord., 14 janv. 2005, n°276123 ; CE, ord., 20 juin 2005, n°281591 ; CE, ord., 7 oct. 2005, n°285793.

²⁸⁹⁵ V. CE, ord., 4 déc. 2002, n°252051 ; CE, ord., 26 avril 2005, n°279842.

²⁸⁹⁶ X. BIOY, *Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel (...)*, *op. cit.*, p. 138.

²⁸⁹⁷ X. BIOY, *op. cit.*, p. 128. Ce lien expliquerait la disparition formelle de la notion de liberté personnelle après la consécration du respect de la dignité de la personne humaine dans la décision *Bioéthique* rendue par le juge constitutionnel le 27 juillet 1994 : C.C., 27 juill. 1994, n°94-343/344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, J.O. du 29 juill. 1994, p. 11024 ; J.C.P., 1994, III, 66974 bis ; R.F.D.C., 1994, p. 799, note L. FAVOREU. Elle se serait trouvée englobée par le principe de dignité. Sur ce point, X. BIOY, *Le concept de personne humaine (...)*, *op. cit.*, n°1186, p. 622 et 623.

ces libertés²⁸⁹⁸. D'autre part, elle en inclut certaines non concernées par l'acte coercitif. Cette liberté « magnétique » attire à elle « les libertés émancipées de la liberté individuelle, libertés du mariage, liberté de la vie privée, tout en conservant les libertés liées aux relations professionnelles »²⁸⁹⁹. Elle est aussi « jugée potentiellement capable de créer un véritable champ de force autour d'elle en offrant une assise constitutionnelle (...) à des libertés nouvelles »²⁹⁰⁰. Toutefois, l'acte coercitif n'a pas vocation à entamer celles-ci²⁹⁰¹. Soutenir que la spécificité de son grief réside en une atteinte à la liberté personnelle est donc exclu²⁹⁰². Cet acte attenté, en revanche, à la plupart des libertés individuelles. Seule cette notion correspond à la particularité de son grief. Les frontières du grief produit par l'acte coercitif étant justifiées, il reste à déterminer son contenu.

2°- Le contenu précis de la notion de libertés individuelles

563. Parce qu'elles se sont avérées inadéquates, toutes les notions étudiées jusqu'à présent n'ont pas permis de saisir la spécificité du grief qu'engendre l'acte coercitif. Cet acte porte atteinte aux libertés individuelles. Sans généraliser à l'ensemble des actes coercitifs, la Cour de cassation l'a affirmé à propos d'un contrôle d'identité en employant une expression équivalente. Dans son fameux arrêt *Bogdan* rendu le 25 avril 1985²⁹⁰³, elle a relevé qu'« un tel contrôle (...) supposait une restriction temporaire des droits individuels de celui qui en était l'objet »²⁹⁰⁴. Une question importante reste en suspens : pourquoi avoir choisi le pluriel et non le singulier ? Pourquoi ne pas considérer, en effet, que l'acte coercitif porte atteinte à la liberté individuelle ? Après tout, l'article 66 de la Constitution érige le juge judiciaire en gardien de celle-ci. A vrai dire, mieux vaut retenir qu'il attenté aux libertés individuelles²⁹⁰⁵. Opérer ce choix, c'est adopter une conception stricte de la notion de liberté individuelle (a). Cela impose de déterminer les libertés individuelles atteintes par cet acte (b).

²⁸⁹⁸ Bien que la doctrine dominante pense que la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, l'inviolabilité du domicile et le secret des correspondances devraient être rattachés à la liberté personnelle. Ainsi son contenu s'identifierait à celui qu'a possédé la liberté individuelle. Mais, hormis la liberté du mariage et la liberté d'aller et de venir, les autres libertés n'ont pas fait l'objet d'un rattachement exprès à la liberté personnelle. *Contra*, à juste titre, A. PENA-SOLER, *op. cit.*, p. 1685, 1692 et 1693.

²⁸⁹⁹ A. PARIENTE, *op. cit.*, p. 276 et 277.

²⁹⁰⁰ A. PENA-SOLER, *op. cit.*, p. 1684.

²⁹⁰¹ Que ce soit le choix du moment de sa mort, la connaissance de ses origines biologiques, les préférences sexuelles et le droit à l'autodétermination sexuelle, le domaine de la vie professionnelle et de la vie sentimentale, toutes ces matières restent étrangères à l'acte coercitif en procédure pénale. Sur le contenu que devrait avoir le concept de liberté personnelle, V. A. PENA-SOLER, *op. cit.*, p. 1695 et s. not. p. 1701 à 1705. Celui-ci doit être « recherché à la croisée des chemins entre le libre développement de la personnalité et le droit au respect de la vie privée » (p. 1696).

²⁹⁰² A. PARIENTE, *op. cit.*, p. 276, note que « toutes les libertés, en dehors de la sûreté et de la liberté d'aller et de venir sont naturellement attirées par la liberté personnelle, qui s'impose comme terme de référence de libertés assez diverses ». Or l'acte coercitif (contrôle d'identité, garde à vue...) porte avant tout atteinte à la sûreté et à la liberté d'aller et venir.

²⁹⁰³ Cass. crim., 25 avril 1985, *Bogdan et Vuckovic* (2 arrêts), J.C.P., 1985, II, 20465, concl. DONTENWILLE, note W. JEANDIDIER.

²⁹⁰⁴ Les expressions « droits individuels » et « libertés individuelles » apparaissent synonymes, sauf à entrer dans des distinctions très subtiles. Historiquement, elles ont été jugées équivalentes. V. à cet égard, P. BRAUD, La notion de liberté publique en droit français, *op. cit.*, p. 9.

²⁹⁰⁵ *Contra*, L. FAVOREU, La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et l'article 66 de la Constitution (A propos des arrêts de la chambre criminelle du 25 avril 1985), D., 1986, chron., p. 169 et s., spéc. n°29, p. 175, faisant remarquer que « tant le constituant (art. 66) que le législateur (lois de 1933 et de 1957) que le juge constitutionnel n'emploie jamais le terme

a) L'adoption d'une conception stricte de la notion de liberté individuelle

564. Mentionnée à l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958, la liberté individuelle n'a fait l'objet d'aucune définition de la part des constituants. Aux termes de ce texte, « nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». Cet article trouve sa source directe dans l'énoncé d'un principe directeur formulé par la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 selon lequel « l'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle il se réfère »²⁹⁰⁶. Il faut alors s'interroger sur le sens à attribuer à la liberté individuelle vu qu'elle est susceptible de recevoir deux acceptions, une restreinte et l'autre extensive.

565. Selon une acception stricte, cette notion est synonyme de « sûreté », elle constitue le pendant de l'*habeas corpus* britannique. Elle interdit les arrestations et détentions arbitraires comme le prévoit l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Plus précisément, il s'agit de la « sûreté garantissant les personnes qui résulte de ce que nul ne peut être arrêté ni incarcéré que dans les cas prévus par la loi et suivant des formes prescrites d'avance et du droit pour chacun de n'être jamais traduit devant d'autres juges que ses juges naturels, désignés par la loi »²⁹⁰⁷. Pareille conception de la liberté individuelle paraît dominer à l'origine, lors de l'élaboration de la Constitution de 1958²⁹⁰⁸. C'est celle retenue par les auteurs anciens, en particulier par les pénalistes ayant étudié les garanties attachées à sa protection²⁹⁰⁹. Les pénalistes modernes restent davantage partagés ; d'aucuns adoptent

qu'au singulier, car la "liberté individuelle" a un sens bien précis. C'est pourquoi l'expression "droits individuels" utilisée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Bogdan* prête à discussion, même si l'on comprend qu'elle est synonyme de liberté individuelle (au singulier) ».

²⁹⁰⁶ V. T.-S. RENOUX, M. DE VILLIERS (dir.), Code constitutionnel 2014, LexisNexis, 6^{ème} éd., 2013, « Art. C. 66 », p. 871 et s., spéc. p. 872. Sur la genèse de cet article : D. MAUS, Regards sur l'écriture de l'article 66 de la Constitution de 1958 : un *habeas corpus* à la française ?, in *L'homme et le droit*, En hommage au Professeur Jean-François FLAUSS, Pedone, 2014, p. 571 et s.

²⁹⁰⁷ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, *op. cit.*, p. 611, « Liberté individuelle », sens b.

²⁹⁰⁸ En ce sens, J.-E. SCHOETTL, note sous C.C., 23 juill. 1999, n°99-416 DC, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, A.J.D.A., 1999, p. 700, spéc. p. 709.

²⁹⁰⁹ V. M. LARNAUDE, Les garanties de la liberté individuelle (rapport), Bull. de la société générale des prisons (R.P.D.P.), 1901, p. 185 et s., où il n'est traité que de l'arrestation et de la détention provisoire ; M. DOUAY, Des garanties de la liberté individuelle, Thèse, Paris, 1905, p. 2 ; H. MARMIER, Les garanties de la liberté individuelle et la réforme du Code d'instruction criminelle, Thèse, Paris, 1924, p. 19, 21 et 22 ; J. LESTELLE, Les lois des 7 février 1933 et 25 mars 1935 sur les garanties de la liberté individuelle, Thèse, Paris, 1936, p. 8 ; M. BINET, La protection de la liberté individuelle contre les arrestations et détentions arbitraires, Thèse, Nancy, 1936, p. 7 et s. ; J. CARBONNIER, Instruction criminelle et liberté individuelle. Etude critique de la législation française, Paris, 1939, éd. E. DE BOCCARD, fasc. I, p. 4 et 5, indiquant qu'il ajoute la matière des perquisitions à la liberté physique de l'inculpé car « l'inviolabilité du domicile peut être considérée comme un prolongement et un renforcement de la liberté individuelle » ; G. MORANGE, Contribution à la théorie générale des libertés publiques, *op. cit.*, p. 130 ; P. BOUZAT, La protection de la liberté individuelle durant l'instruction, R.I.D.P., 1953, p. 109 et s., ajoutant les perquisitions (n°22, p. 122) ; M. GARÇON, La protection de la liberté individuelle pendant l'instruction, R.I.D.P., 1953, p. 165 et s. ; M. GARÇON, Défense de la liberté individuelle, Fayard, 1957, p. 33, 41 et 78 ; J. ROBERT, Les violations de la liberté individuelle commises par les agents publics et le problème des responsabilités, Thèse, Paris, 1953 L.G.D.J., 1955, p. 14 et 15 ; P. BRAUD, *op. cit.*, p. 372 et 373 ; P. BRETTON, *op. cit.*, p. 132, 279 et 281 ; R. GASSIN, La liberté individuelle devant le droit pénal, Sirey, 1980, n°I, p. V (préf.), n°1 et 2, p. 1 et n°12, p. 7.

une conception stricte de cette notion tandis que d'autres en retiennent une plus large²⁹¹⁰. Dans sa très grande majorité, la doctrine publiciste l'entend dans un sens extensif. A défaut d'accord sur son contenu exact, elle reconnaît qu'elle ne se limite pas à la sûreté. Elle comprendrait aussi la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile, le secret de la correspondance, le respect de la vie privée, etc²⁹¹¹.

566. Cette interprétation large semble précisément correspondre à l'article 136 du C.P.P. Son premier alinéa précise que des sanctions disciplinaires peuvent être décidées à l'encontre de certains magistrats en cas d'inobservation des formalités prescrites pour les mandats de justice. Le deuxième alinéa étend ces dispositions à « toute violation des mesures protectrices de la liberté individuelle » prescrites par les articles relatifs aux perquisitions et saisies et au contrôle judiciaire. Si le premier alinéa intéresse donc bien la sûreté, voire la liberté d'aller et venir, ce dernier procède au contraire à une interprétation large de la liberté individuelle, puisqu'il englobe en plus l'inviolabilité du domicile, le droit de propriété, le respect de la vie privée²⁹¹²...

567. Les juges administratif et judiciaire ont du reste retenu une conception extensive de la liberté individuelle. Dans son célèbre arrêt *Barinstein* de 1947²⁹¹³, le Tribunal des conflits avait déjà estimé

²⁹¹⁰ V. F. JACQUOT, L'instruction préparatoire et la protection de la liberté individuelle (...), *op. cit.*, p. 4 et 5, 16 et 21 (conception stricte) ; A. BEAUCHAMPS, Des garanties aux atteintes à la liberté individuelle, Thèse, Nice, 2000, n°2, p. 2 (conception stricte) ; P. HENNION, Preuve pénale et droits de l'homme, *op. cit.*, n°196, p. 188 et 189 (conception large). *Adde*, le rapport sur la mise en état des affaires pénales, *op. cit.*, p. 76 (conception large).

²⁹¹¹ V. G. BURDEAU, Les libertés publiques, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1972, p. 111 ; L. FAVOREU, Le Conseil constitutionnel et la protection de la liberté individuelle et de la vie privée. A propos de la décision du 12 janvier 1977 relative à la fouille des véhicules, Mélanges P. KAYSER, t. I, P.U.A.M., 1979, p. 411 et s., not. p. 412 à 415 et 424 ; F. LUCHAIRE, Le fisc, la liberté individuelle et la Constitution, Mélanges P.-M. GAUDEMET, Etudes de finances publiques, Economica, 1984, p. 603 et s., spéc. p. 604 à 606 ; F. LUCHAIRE, La protection constitutionnelle des droits et des libertés, Economica, 1987, p. 86 et s. ; T. RENOUX, Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire, *op. cit.*, p. 517 à 527 ; D. TURPIN, L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle, A.J.D.A., 1983, p. 653 et s., not. p. 655 et 656 ; P. KAYSER, Le Conseil constitutionnel protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois, Mélanges P. RAYNAUD, Dalloz-Sirey, 1985, p. 329 et s., not. n°4, p. 332 à 334 ; P. WACHSMANN, La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Rev. sc. crim., 1988, p. 1 et s., spéc. p. 5 à 7 ; P. CAMBOT, La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne, P.U.A.M.-Economica, Droit public positif, 1998, préf. P. BON, p. 1 à 8 ; H. OBERDORFF, La liberté individuelle face aux risques des technologies de sécurité, Mélanges J. ROBERT, Libertés, Montchrestien, 1998, p. 177 et s., not. p. 181 ; N. PUJOL, La liberté individuelle, un droit instrumentalisé, Thèse, Montpellier I, 2001, n°12, p. 13 et 14 et n°23, p. 22 ; J. MORANGE, Manuel des droits de l'homme et libertés publiques, *op. cit.*, n°95, p. 143 et n°118, p. 165.

²⁹¹² Dans le cadre du contrôle judiciaire, le juge peut prendre des mesures de sûreté limitant de façon générale la liberté du mis en examen (restrictions à la liberté d'aller et venir, obligations de se soumettre à certains contrôles ou à des soins, interdictions de se livrer à l'exercice de certaines activités de nature professionnelle ou sociale, etc. Sur ce point : T. RENOUX, *op. cit.*, p. 518 et 519, pour qui « le Code de procédure pénale propose même une définition extrêmement ouverte de la notion de liberté individuelle puisque la liste qu'il énumère n'est pas limitative : les tribunaux judiciaires sont exclusivement compétents "dans tous les cas visés" précédemment mais également "dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle", incidente qui doit dès lors recevoir une très vaste portée » ; V. aussi, l'expression éloquent de A. DEMICHEL, note sous T.C., 16 nov. 1964, *Clément*, D., 1965, jurispr., p. 668, spéc. p. 672, relevant que « l'article 136 n'est qu'une application particulière du principe selon lequel le juge judiciaire est gardien des libertés individuelles ». Ce qui frappe pourtant à la lecture complète de l'article 136 du C.P.P., c'est que le législateur a pris soin de dissocier, dans le dernier alinéa, la liberté individuelle de l'inviolabilité du domicile.

²⁹¹³ T.C., 30 oct. 1947, *Barinstein*, J.C.P., 1947, II, 3966, note M. FREJAVILLE ; R.D.P., 1948, p. 86, note M. WALINE ; G. VEDEL, De l'arrêt *Septfonds* à l'arrêt *Barinstein*, *op. cit.* Cinquante ans plus tard, le Tribunal des conflits a pourtant refusé de voir dans une atteinte à la liberté d'aller et venir de deux étrangers une atteinte à la liberté individuelle, refusant donc d'appliquer l'article 136 du C.P.P. : T.C., 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris / Tribunal de grande instance de Paris*, R.F.D.A., 1997, p. 514, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA.

que le juge judiciaire pouvait apprécier la légalité d'un décret lorsque ses dispositions portent une atteinte grave « à l'inviolabilité du domicile privé et, par suite, à la liberté individuelle, ainsi qu'au respect dû au droit de propriété ». Dans cette espèce, il n'était pas question de détention. Le Conseil d'Etat a fait sienne l'interprétation large longtemps donnée par le Conseil constitutionnel à cette notion en lui rattachant l'inviolabilité du domicile²⁹¹⁴. De son côté, la Cour de cassation a visé, à plusieurs reprises, l'article 66 de la Constitution dans des hypothèses où la sûreté des intéressés (leur liberté individuelle *stricto sensu*) n'était pas mise en cause. Les contrôles d'identité (non suivis d'une rétention aux fins de vérification d'identité) affectent juste la liberté d'aller et venir des personnes concernées²⁹¹⁵. Les interceptions de conversations téléphoniques attentent, elles, au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances²⁹¹⁶. La Cour de cassation emploie de surcroît la notion de liberté individuelle en droit du travail. Elle l'a appliquée au salarié²⁹¹⁷. Cette utilisation dans d'autres matières que la procédure pénale montre qu'elle lui confère un sens large.

568. Plusieurs raisons invitent pourtant à retenir une conception restreinte de la liberté individuelle. En premier lieu, celle-ci demeure parfois prise dans son acception de sûreté²⁹¹⁸, bien que ce terme puisse, à son tour, recevoir une définition très large. La sûreté ne se réduirait pas à la prohibition des arrestations et détentions arbitraires²⁹¹⁹. « Bienfait du règne du droit »²⁹²⁰, « garantie de la sécurité juridique de l'individu face au pouvoir », elle formerait le « bouclier de toutes les autres libertés »²⁹²¹. Rattacher certaines libertés à la liberté individuelle, tels le respect de la vie privée ou le secret des correspondances, contribue en tout cas à obscurcir cette notion dont les contours deviennent imprécis. Un tel rattachement s'avère aussi propice aux confusions, car la liberté individuelle peut être comprise *stricto sensu* ou bien *lato sensu*. De ce point de vue, elle doit se cantonner à la signification de sûreté individuelle.

²⁹¹⁴ V. CE, 9 juill. 1986, *Ville de Paris*, R.F.D.A., 1987, p. 280, concl. M. FORNACCIARI.

²⁹¹⁵ V. Cass. crim., 25 avril 1985, *Bogdan*, préc. ; V. E. COPPER-ROYER, L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle : l'application du principe constitutionnel, in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, P.U.A.M., 1995, p. 123 et s., spéc. p. 124.

²⁹¹⁶ V. Cass. Ass. plén., 24 nov. 1989, *Baribeau*, R.F.D.C., 1990, p. 139, note P. KAYSER et T. RENOUX. *Adde*, Cass. crim., 26 juin 2007, préc., qui ne vise pas l'article 66 de la Constitution, mais approuve les juges du fond ayant jugé que « les prescriptions du troisième alinéa de l'article 706-95 du C.P.P. ont pour objet de permettre à un juge du siège de contrôler la régularité d'opérations attentatoires à la liberté individuelle ».

²⁹¹⁷ V. Cass. soc., 9 juin 1998, Bull. civ., V, n°315 ; Cass. soc., 12 juill. 2005, Bull. civ., V, n°241 (liberté du lieu d'établissement du domicile d'un avocat salarié) ; Cass. soc., 10 mai 2006, Bull. civ., V, n°168 ; J.-P. ANCEL, La protection des droits de la personne dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation, Rapport de la Cour de cassation, 2000, La Documentation française, 2001, p. 55 et s., évoquant la protection de la liberté individuelle par les chambres civiles.

²⁹¹⁸ V. par ex., J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sur T.C., 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris / Tribunal de grande instance de Paris*, R.F.D.A., 1997, p. 514, rappelant qu'« au sens de la Constitution, la liberté individuelle correspond essentiellement à la notion de sûreté personnelle ». Sur ce point, D. TURPIN, Libertés publiques et droits fondamentaux, Foucher, Parcours juridiques, 2009, n°202.

²⁹¹⁹ V. G. LEBRETON, *op. cit.*, p. 142 et 380 ; J. RIVERO, H. MOUTOUH, *op. cit.*, n°26 ; J. RIVERO, H. MOUTOUH, Libertés publiques, t. II, P.U.F., Thémis droit public, 7^{ème} éd., 2003, n°37.

²⁹²⁰ G. BURDEAU, *op. cit.*, p. 141.

²⁹²¹ J. RIVERO, note sous C.C., 12 janv. 1977, n°76-75 DC, A.J.D.A., 1978, p. 215, spéc. p. 216. V. aussi, G. MORANGE, *op. cit.*, p. 125, reprenant DUGUIT pour souligner que « la liberté individuelle constitue la condition *sine qua non* de l'exercice de n'importe quelle autre liberté ».

569. En deuxième lieu, et de manière plus déterminante, ce choix correspond davantage à la réalité juridique et à son évolution. Pendant un temps, le concept de liberté individuelle a permis à certaines libertés individuelles de recevoir une protection constitutionnelle. Il a aussi permis de les placer sous la surveillance du juge judiciaire. Fondement de la liberté individuelle au sens strict, c'est-à-dire du droit à la sûreté, l'article 66 (al. 1^{er}) de la Constitution a été utilisé – ou plutôt détourné – pour protéger bon nombre de libertés individuelles distinctes du droit de n'être ni arrêté ni détenu arbitrairement²⁹²². Le droit au respect de la vie privée²⁹²³, la liberté d'aller et de venir²⁹²⁴, l'inviolabilité du domicile²⁹²⁵ ou la liberté du mariage²⁹²⁶ ont été jugés comme des composantes de la notion de liberté individuelle. Celle-ci s'apparente à une « structure gigogne » se déclinant en différents principes constitutionnels²⁹²⁷.

570. Puis, le Conseil constitutionnel est revenu sur l'interprétation extensive de cette notion. Il l'a ébranlée dans sa décision ambiguë du 18 janvier 1995²⁹²⁸ et dans ses décisions ultérieures²⁹²⁹, avant de l'abandonner. Il a resserré la notion de liberté individuelle qui s'identifie uniquement désormais au droit à la sûreté²⁹³⁰. Cette conception restreinte résulte de l'émancipation des libertés dérivées. Le juge constitutionnel a en effet distingué la liberté d'aller et venir de celle-ci²⁹³¹, mais aussi le droit au

²⁹²² V. A. PENA-SOLER, A la recherche de la liberté personnelle désespérément..., *op. cit.*, p. 1679. Il y a eu « atomisation » de la liberté individuelle, selon le mot de F. FINES, in « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle » dans la jurisprudence constitutionnelle, R.F.D.A., 1994, p. 594 et s., p. 597. Sur l'évolution du fondement de la liberté individuelle : A. PARIENTE, *op. cit.*, p. 279.

²⁹²³ C.C., 12 janv. 1977, préc., D., 1978, jurispr., p. 173, note L. HAMON et J. LEAUTE ; A.J.D.A., 1978, p. 215, note J. RIVERO.

²⁹²⁴ C.C., 12 juill. 1979, n°79-107 DC, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, Rec., p. 31 ; C.C., 9 janv. 1980, n°79-109 DC, *Examen de la loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'Office national d'immigration*, Rec., p. 29 ; C.C., 19-20 janv. 1981, n°80-127 DC, préc. ; J. RIVERO, Autour de la loi sécurité et liberté. « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau » ?, A.J.D.A., 1981, p. 275 ; L. PHILIP, La décision sécurité et liberté des 19 et 20 janvier 1981, R.D.P., 1981, p. 651 et s.

²⁹²⁵ C.C., 29 déc. 1983, n°83-164 DC, *Loi de finances pour 1984*, J.O. du 30 déc. 1983, p. 3871 ; J.C.P., 1984, II, 20160, note R. DRAGO et A. DECOCQ ; A.J.D.A., 1984, p. 97, note L. PHILIP. Pour le droit de visite des entreprises : V. C.C., 27 déc. 1990, n°90-281 DC, *Loi sur la réglementation des télécommunications*, J.O. du 29 déc. 1990, p. 16343 ; R.F.D.C., 1991, p. 118, obs. T.-S. RENOUX.

²⁹²⁶ C.C., 13 août 1993, n°93-325 DC, préc., spéc. cons. 3. Soulignons la maladresse dont a fait preuve le juge constitutionnel dans cette décision en dissociant la sûreté de la liberté individuelle. En outre, le Conseil a encore retenu une définition très large de la liberté individuelle dans sa décision relative aux lois sur la bioéthique du 27 juillet 1994, n°94-343/344 DC, préc., la fondant sur les articles 1^{er}, 2 et 4 de la Déclaration de 1789 (cons. 2).

²⁹²⁷ F. LAFAY, note sous C.C., 18 janv. 1995, n°94-352 DC, J.C.P., 1995, II, 22525.

²⁹²⁸ N°94-352 DC, préc., not. cons. 3 : « (...) l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties au nombre desquelles figurent la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir ainsi que l'inviolabilité du domicile ; que la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle ». A l'exception du droit au respect de la vie privée, les autres libertés ne semblent donc pas englobées par la liberté individuelle comme le juge d'ordinaire le Conseil (cons. 3, 16 et 24). V. B. MATHIEU, obs. sur C.C., 18 janv. 1995, Petites affiches, 7 juin 1995, p. 7, spéc. p. 8, pour qui cette décision donne « un sens strict » à la liberté individuelle. Beaucoup plus réservé : F. LUCHAIRE, La vidéosurveillance et la fouille des voitures devant le Conseil constitutionnel, R.D.P., 1995, p. 575 et s., not. p. 577.

²⁹²⁹ V. C.C., 16 juill. 1996, n°96-377 DC, préc., cons. 16, distinguant clairement la liberté individuelle et l'inviolabilité du domicile ; C.C., 22 avril 1997, n°97-389 DC, préc., cons. 17. Le considérant 75 est toutefois nettement plus ambiguë.

²⁹³⁰ C.C., 21 fév. 2008, n°2008-562 DC, préc., spéc. cons. 13, en offre une bonne illustration.

²⁹³¹ C.C., 16 juin 1999, n°99-411 DC, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*, J.O. du 19 juin 1999, p. 9018, cons. 2 et 20 ; C.C., 19

respect de la vie privée²⁹³², l'inviolabilité du domicile et le secret des correspondances²⁹³³. Il a précisé que ces libertés autonomes sont protégées par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, tandis que la liberté individuelle relève de l'article 66 de la Constitution²⁹³⁴. A l'instar des autres composantes, la liberté matrimoniale a été détachée. Mais elle ne jouit d'aucune autonomie : le Conseil l'a rattachée à la liberté personnelle²⁹³⁵. L'évolution de la notion de liberté individuelle mérite en tout cas d'être saluée²⁹³⁶. Certes, sa conception extensive a permis de protéger les libertés « satellites ». Seulement, cette notion a fait l'objet d'une telle dilution, qu'il est devenu très difficile d'en donner une définition satisfaisante²⁹³⁷. Ramenée au droit à la sûreté, elle possède un sens beaucoup plus précis²⁹³⁸.

571. En dernier lieu, le droit de propriété a toujours été détaché de la liberté individuelle, même à l'époque où la conception extensive de celle-ci a prévalu. Elle n'a jamais contenu ce droit. Dans sa décision du 16 janvier 1982, le juge constitutionnel a élevé le droit de propriété au rang de droit fondamental²⁹³⁹. Il a toutefois ensuite refusé de lui appliquer l'article 66 de la Constitution. Il a considéré, dans une décision de 1985 que, « quelle que soit l'importance du rôle des tribunaux judiciaires en matière de protection de la propriété », il résulte des termes de ce texte qu'il « concerne la liberté individuelle et non le droit de propriété »²⁹⁴⁰. Le refus de rattacher ce droit à la liberté individuelle est flagrant. Or, l'acte coercitif attenté à celui-ci en procédure pénale : les saisies ou les fermetures d'établissements décidées au cours de l'information l'attestent. L'adoption d'une conception large de la liberté individuelle ne change alors rien. Elle ne permet pas d'embrasser ces

janv. 2006, n°2005-532 DC, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, J.O. du 24 janv. 2006, p. 1138, cons. 16.

²⁹³² C.C., 23 juill. 1999, n°99-416 DC, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, J.O. du 28 juill. 1999, p. 11250, cons. 45, où le respect de la vie privée est rattaché au principe général de liberté prévu à l'article 2 de la Déclaration de 1789. Certains approuvent ce rattachement : J.-E. SCHOETTL, note préc., A.J.D.A., 1999, p. 710 ; V. aussi, C.C., 13 mars 2003, n°2003-467 DC, préc., cons. 8, où le détachement est réaffirmé.

²⁹³³ C.C., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, préc., cons. 4.

²⁹³⁴ *Ibid.* Plus récemment, C.C., Q.P.C., 20 avril 2012, n°2012-235, *Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie*, J.O. du 21 avril 2012, p. 7194, cons. 8 ; C.C., Q.P.C., 18 juin 2012, n°2012-257, *Société OLANO CARLA et autre*, J.O. du 19 juin 2012, p. 10181, cons. 5 ; Procédures, 2012, comm. n°256 (2^{ème} espèce), note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Rev. sc. crim., 2013, chron., p. 441, obs. B. DE LAMY ; R.P.D.P., 2014, chron., p. 129, obs. T.-S. RENOUX et X. MAGNON ; C.C., 25 mars 2014, n°2014-693 DC, *Loi relative à la géolocalisation*, J.O. du 29 mars 2014, p. 6125, cons. 10.

²⁹³⁵ C.C., 20 nov. 2003, n°2003-484 DC, préc., cons. 94 ; J.-E. SCHOETTL, La nouvelle loi sur l'immigration devant le Conseil constitutionnel (2^{ème} partie), Petites affiches, 21 janv. 2004, p. 10 et s., not. p. 20 ; C.C., Q.P.C., 22 juin 2012, n°2012-261, préc. ; C.C., 17 mai 2013, n°2013-669 DC, préc. Le resserrement de la notion de liberté individuelle, réduite à la sûreté, correspond au moment où la notion de liberté personnelle est réapparue dans la jurisprudence constitutionnelle.

²⁹³⁶ *Contra*, C. LAZERGES, D. ROUSSEAU, Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2003, R.D.P., 2003, p. 1147 et s., spéc. p. 1153 et 1154.

²⁹³⁷ Pour le même constat : A. PENA-SOLER, A la recherche de la liberté personnelle désespérément..., *op. cit.*, p. 1690.

²⁹³⁸ V. pourtant, J. MOREAU, La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Mélanges L. FAVOREU, Dalloz, 2007, p. 1661 et s., not. n°20, p. 1668 : « La liberté individuelle ne se réduit pas en une protection contre les détentions arbitraires ; elle entretient avec ce que nous avons appelé ici les concepts satellites des liens fort difficiles à expliciter ». *Adde*, les réserves émises par X. BIOY, in *Le libre développement de la personnalité (...)*, *op. cit.*, p. 127 et 128.

²⁹³⁹ C.C., 16 janv. 1982, n°81-132 DC, *Loi de nationalisation*, J.O. du 17 janv. 1982, p. 299, cons. 16.

²⁹⁴⁰ C.C., 17 juill. 1985, n°85-189 DC, *Loi relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement*, J.O. du 19 juill. 1985, p. 8200, cons. 3.

hypothèses²⁹⁴¹. Cet argument supplémentaire plaide en faveur d'une acception stricte de cette notion. Il montre aussi que l'acte coercitif attente aux libertés individuelles, de sorte qu'il convient de recenser celles qu'il entame.

b) La détermination des libertés individuelles atteintes

572. L'article 66 de la Constitution, comme l'article 136 du C.P.P. au reste, vise uniquement la liberté individuelle. Dès lors, malgré son emploi fréquent, l'expression d' « autorité judiciaire gardienne de la propriété privée et des libertés individuelles » n'a pas de support constitutionnel²⁹⁴². La notion de libertés individuelles est-elle pour autant étrangère à la réalité juridique ? La réponse apparaît négative. Le juge constitutionnel l'a utilisée dans sa décision du 18 janvier 1995²⁹⁴³ et la Cour de cassation s'y réfère souvent²⁹⁴⁴. Elle appartient donc à la réalité juridique. En outre, les auteurs en font un large usage²⁹⁴⁵. La liberté demeure « plurielle » selon eux²⁹⁴⁶.

573. Il paraît alors fondé de soutenir que l'acte coercitif attente aux libertés individuelles en procédure pénale. Elles s'opposent aux libertés collectives. Contrairement à celles-là qu'un individu peut exercer seul, celles-ci impliquent forcément une action conjointe de plusieurs individus²⁹⁴⁷. Les libertés peuvent être également rangées dans trois catégories distinctes : les libertés physiques, les libertés de l'esprit et les libertés de l'action collective²⁹⁴⁸. Les libertés individuelles se retrouvent essentiellement dans la première catégorie de cette division tripartite. Toutes les classifications proposées par la doctrine demeurent cependant limitées et peu satisfaisantes en raison de la très grande difficulté de faire entrer les différentes libertés dans les typologies retenues. Il a surtout été souligné

²⁹⁴¹ Un lien étroit et ancien subsiste entre le droit de propriété et la liberté individuelle *stricto sensu* : V. L. FAVOREU, La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789, in La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, P.U.F., 1989, p. 123 et s., spéc. n°27 à 30, p. 133 à 135.

²⁹⁴² L. FAVOREU, *op. cit.*, n°30, p. 135. Pour des illustrations : J. et A.-M. LARGUIER, La protection des droits de l'homme dans le procès pénal (...), *op. cit.*, p. 117 ; E. VERGES, La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire, *op. cit.*, n°329, p. 325 et 326.

²⁹⁴³ C.C., 18 janv. 1995, n°94-352 DC, préc., cons. 4. L'emploi de cette notion visait ici la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir et l'inviolabilité du domicile. Depuis cette décision, la référence à la notion est rarissime (V. C.C., Q.P.C., 29 juin 2012, n°2012-260, *M. Roger D.*, J.O. du 30 juin 2012, p. 10804, cons. 5), en général, ce sont les requérants qui l'invoquent.

²⁹⁴⁴ Notamment la chambre criminelle (qui reprend fréquemment, il est vrai, la motivation des juges du fond) : Cass. crim., 26 nov. 1997, Bull. crim., n°402 ; Cass. crim., 18 nov. 2003, Bull. crim., n°215 ; Cass. crim., 23 mai 2006, Bull. crim., n°139 ; Cass. crim., 24 fév. 2009, Bull. crim., n°46. La chambre sociale l'utilise aussi : V. Cass. soc., 10 déc. 1997, Bull. civ., V, n°434 ; Cass. soc., 11 déc. 2001, Bull. civ., V, n°377.

²⁹⁴⁵ V. entre autres, J. et A.-M. LARGUIER, *op. cit.*, p. 105 et 154 ; R. CASSIN, Droits de l'homme et méthode comparative, *op. cit.*, n°4, p. 451 ; P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, Procédure pénale, *op. cit.*, n°267, 270, et 437 ; F. JACQUOT, L'instruction préparatoire et la protection de la liberté individuelle (...), *op. cit.*, p. 55 ; F. TERRE, Sur la notion de libertés et droits fondamentaux, *op. cit.*, n°3, p. 3.

²⁹⁴⁶ M. VERPEAUX, La liberté, A.J.D.A., 1998, n° spécial, p. 144 et s., spéc. p. 146 ; J. ARLETTAZ, Libertés individuelles et dignité de la personne humaine, *op. cit.*, n°8.19.

²⁹⁴⁷ R. LETTERON, Libertés publiques, *op. cit.*, n°203 et 204 ; G. MORANGE, Contribution à la théorie générale des libertés publiques, *op. cit.*, p. 128 et 129, distinguant déjà les « libertés publiques fondamentales » des « libertés publiques dérivées ».

²⁹⁴⁸ V. par ex., J. RIVERO, H. MOUTOUH, Libertés publiques, t. II, *op. cit.* ; G. LEBRETON, Libertés publiques et droits de l'homme, *op. cit.*

que « toutes les libertés sont individuelles, en ce sens qu'elles appartiennent toutes à l'individu, même les libertés collectives, qui ne se distinguent des autres que parce que chacun de ceux qui en sont titulaires ne peut les utiliser que si d'autres s'accordent pour les mettre en œuvre dans le même sens »²⁹⁴⁹. Faut-il alors abandonner le critère de l'atteinte aux libertés individuelles, qui semble constituer la spécificité du grief produit par l'acte coercitif ?

574. Pareille difficulté ne doit pas conduire à écarter ce choix. Elle peut être surmontée à condition d'analyser la notion de libertés individuelles en une « notion matricielle »²⁹⁵⁰. Les principes matriciels ont été définis comme des principes qui « engendrent d'autres droits de portée et de valeur différentes »²⁹⁵¹. Ils engendrent des principes dits « dérivés »²⁹⁵². C'est une relation d'inclusion qui s'établit entre le principe matriciel et le principe dérivé²⁹⁵³. Qualifier les libertés individuelles de notion matricielle revient à discerner en celle-ci la matrice de différentes libertés. Elles forment « une catégorie plurielle de libertés » comprenant la liberté individuelle (au sens strict), la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile, le respect de la vie privée, etc.²⁹⁵⁴. Leur source principale se trouve dans la Déclaration de 1789 et elles restent attachées à l'individu²⁹⁵⁵. Elles bénéficient d'une protection constitutionnelle²⁹⁵⁶, mais aussi conventionnelle. Elles apparaissent donc fondamentales²⁹⁵⁷.

575. Ainsi, il est déjà plus compréhensible d'avoir noté que l'expression de libertés individuelles « est synonyme de droits fondamentaux de l'individu »²⁹⁵⁸. Cette approche doit faire l'objet de précisions importantes. Le procès pénal demeure « le terrain d'élection des atteintes aux libertés individuelles »²⁹⁵⁹. Il paraît donc indispensable de savoir ce que recouvre cette notion matricielle. Autrement dit, il convient d'examiner les libertés entamées par l'acte coercitif. Les règles de la procédure pénale ayant vocation à assurer leur protection, il « ne peut être effectivement protégé que

²⁹⁴⁹ J. RIVERO, La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le principe de liberté proclamé par la Déclaration de 1789, *in* La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, P.U.F., 1989, p. 75 et s., spéc. p. 79.

²⁹⁵⁰ Pour cette analyse : V. B. MATHIEU, Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme, D., 1995, chron., p. 211 et s., spéc. p. 211.

²⁹⁵¹ *Ibid.*

²⁹⁵² B. MATHIEU, *op. cit.*, p. 212.

²⁹⁵³ E. VERGES, La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire, *op. cit.*, n°316, p. 317.

²⁹⁵⁴ A. PENA-GAIA, Les rapports entre la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Thèse, Aix-Marseille III, 1998, n°5, p. 3, soulignant son approche. La liberté individuelle renvoie, quant à elle, à « une liberté singulière », en d'autres termes à une espèce déterminée de liberté. Malgré la pertinence de cette analyse, la doctrine continue de confondre la liberté individuelle avec les libertés individuelles : V. par ex., E. VERGES, *op. cit.*, n°132, p. 145.

²⁹⁵⁵ V. B. MATHIEU, *op. cit.*, p. 211 ; B. MATHIEU, M. VERPEAUX, chron., J.C.P., 1997, I, 4023, n°23.

²⁹⁵⁶ V. B. MATHIEU, obs. préc. sur C.C., 18 janv. 1995, p. 8.

²⁹⁵⁷ Elles correspondent aux libertés « de la vie individuelle » selon la classification de R. LETTERON, *in* Libertés publiques, *op. cit.*, n°204, constatant que « certains droits individuels, quelle que soit leur valeur juridique, constituent la condition nécessaire et préalable à l'exercice de toutes les autres libertés publiques. La sûreté, la liberté de circulation, le droit à l'intégrité de la personne et le droit de propriété rendent possible l'exercice des autres droits ». Or, l'acte coercitif porte précisément atteinte à ces libertés fondamentales visées.

²⁹⁵⁸ L. FAVOREU, L. PHILIP, note sous C.C., 12 janv. 1977, *in* Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 12^{ème} éd., 2003, n°24, spéc. n°5, p. 333.

²⁹⁵⁹ R. KOERING-JOULIN, J.-F. SEUVIC, Droits fondamentaux et droit criminel, A.J.D.A., 1998, n° spécial, p. 106 et s., not. p. 112.

ce qui est connu et précisément délimité »²⁹⁶⁰. A ce titre, l'acte coercitif peut porter atteinte à quatre sortes de libertés ou groupes de libertés²⁹⁶¹. Il peut bien sûr en affecter plusieurs à la fois : toute classification « rigide » demeure exclue²⁹⁶². Mais, en principe, il attend plus particulièrement à l'une d'elles. C'est elle qui doit être mise en évidence dans la mesure où elle supporte l'atteinte principale.

576. Il s'agit d'abord de la liberté individuelle ou sûreté personnelle et de la liberté d'aller et venir. Proclamé par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789²⁹⁶³ et par l'article 66 de la Constitution de 1958, le droit à la sûreté protège l'individu contre les mesures arbitraires dont les lettres de cachet de l'Ancien régime restent la meilleure illustration²⁹⁶⁴. La liberté d'aller et venir se rattache textuellement aux articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, qui consacrent le principe général de liberté et aujourd'hui à la liberté personnelle²⁹⁶⁵. Dans sa décision n°79-107 DC du 12 juillet 1979, le juge constitutionnel lui a reconnu valeur constitutionnelle²⁹⁶⁶. Ces deux libertés sont très proches. Historiquement, « la liberté "d'aller, de rester, de partir" se dégage de la "sûreté" »²⁹⁶⁷. L'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales les examine ensemble puisqu'il traite du « droit à la liberté et à la sûreté »²⁹⁶⁸. Par le passé, la Cour de cassation a de surcroît rattaché la liberté d'aller et venir à la liberté individuelle²⁹⁶⁹.

577. Ces libertés ne sauraient pourtant être confondues. Si celle d'aller et venir garantit le déplacement de l'individu, son mouvement ou son établissement²⁹⁷⁰, la liberté individuelle reste distincte. Il existe une différence de degré entre les deux. Le juge européen enseigne qu'« entre privation et restriction de liberté, il n'y a (...) qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature

²⁹⁶⁰ A. PENA-SOLER, A la recherche de la liberté personnelle désespérément..., *op. cit.*, p. 1691.

²⁹⁶¹ Il n'est pas question d'étudier ces différentes libertés de manière exhaustive, ce qui ne présenterait guère d'intérêt puisque cette étude existe déjà dans les manuels de libertés publiques, mais simplement de montrer que les actes coercitifs accomplis en procédure pénale leur portent atteinte.

²⁹⁶² Sur les principes de liberté que doivent garantir la procédure pénale et la jurisprudence de la chambre criminelle, V. C. LE GUNEHEC, Les libertés et la procédure, *in* La Cour de cassation et les libertés, La Documentation française, 1988, p. 69 et s., spéc. p. 70 à 73.

²⁹⁶³ « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». Il faut en outre rappeler que dans sa décision n°76-75 DC du 12 janvier 1977, préc., le Haut conseil a jugé que la liberté individuelle constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

²⁹⁶⁴ En réaction : art. 7, 8 et 9 de la Déclaration de 1789. V. D. THOMAS, Le droit à la sûreté, *in* Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 20^{ème} éd., 2014, R. CABRILLAC (dir.), p. 423 et s. Sur l'évolution de la conception de la sûreté : F. LUCHAIRE, La sûreté : droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme ?, R.D.P., 1989, p. 609 et s., spéc. p. 610 à 617.

²⁹⁶⁵ C.C., Q.P.C., 9 juill. 2010, n°2010-13, préc. ; C.C., 10 mars 2011, n°2011-625 DC, préc. ; C.C., Q.P.C., 7 juin 2013, n°2013-318, préc. Dans le dernier état de sa jurisprudence, le Haut conseil énonce que la liberté d'aller et venir découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789 : C.C., 25 mars 2014, n°2014-693 DC, préc., cons. 10.

²⁹⁶⁶ C.C., 12 juill. 1979, préc., cons. 3. Pour une étude exhaustive des sources de cette liberté : X. PHILIPPE, La liberté d'aller et de venir, *in* Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 20^{ème} éd., 2014, R. CABRILLAC (dir.), p. 391 et s.

²⁹⁶⁷ J. RIVERO, La jurisprudence du Conseil constitutionnel (...), *op. cit.*, p. 76.

²⁹⁶⁸ V. J. MURDOCH, L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme. Protection de la liberté et de la sûreté de la personne, Conseil de l'Europe, 2003, Dossiers sur les droits de l'homme, n°12, not. p. 16. Dans son article 6, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 les envisage également ensemble.

²⁹⁶⁹ V. Cass. crim., 1^{er} fév. 1956, Bull. crim., n°118.

²⁹⁷⁰ A. PENA-GAIA, Les rapports entre la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *op. cit.*, n°18, p. 12 ; X. PHILIPPE, *op. cit.*, n°488 et s., p. 391 et s.

ou d'essence »²⁹⁷¹. Pour le Conseil constitutionnel, il faut distinguer entre la simple entrave à la liberté d'aller et venir et la privation totale de liberté qui, elle, met en cause la liberté individuelle²⁹⁷². Une mesure privative de liberté atteinte dans tous les cas à la liberté d'aller et venir de l'intéressé. En revanche, toutes les mesures affectant celle-ci ne sont pas forcément de nature à affecter sa sûreté personnelle²⁹⁷³. La liberté individuelle risque uniquement d'être entamée lorsque le degré de contrainte exercé contre l'individu est élevé. A défaut, seule sa liberté d'aller et venir se trouve atteinte et l'article 66 de la Constitution peut être écarté²⁹⁷⁴. Ainsi les mesures restrictives de liberté, mettant en jeu la seule liberté d'aller et venir, se distinguent-elles des mesures privatives de liberté, portant atteinte non seulement à la liberté d'aller et venir mais aussi à la liberté individuelle, même si la frontière entre les deux ne se montre pas toujours évidente à tracer²⁹⁷⁵.

578. Certains actes coercitifs affectent la sûreté personnelle en procédure pénale. D'autres causent, au contraire, une simple atteinte à la liberté d'aller et de venir²⁹⁷⁶. A titre d'exemple, la liberté individuelle se trouve entamée par l'arrestation²⁹⁷⁷, la vérification d'identité²⁹⁷⁸, la garde à vue²⁹⁷⁹, le déferement²⁹⁸⁰, les mandats de recherche²⁹⁸¹, d'arrêt et de dépôt²⁹⁸², l'incarcération provisoire²⁹⁸³, la

²⁹⁷¹ CEDH, 6 nov. 1980, *Guzzardi / Italie*, n°7367/76, préc., §93. Cependant, on souligne et on explique parfois pourquoi les décisions relatives à l'établissement d'une « privation de liberté » donnent dans certains cas l'impression de ne reposer sur aucun principe cohérent : V. J. MURDOCH, *op. cit.*, p. 19 et 20. Sur l'article 5 de la Convention, J. DE MEYER, Article 5§ 1, in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 1999, 2^{ème} éd., L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), p. 189 et s.

²⁹⁷² V. C.C., 25 fév. 1992, n°92-307 DC, *Loi portant modification de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, Rec., p. 48. D'après le Conseil, le législateur conserve la possibilité « de ne pas soumettre à des règles identiques une mesure qui prive un individu de toute liberté d'aller et venir et une décision qui a pour effet d'entraver sensiblement cette liberté ». Il en déduit que le maintien d'un étranger en zone de transit n'a pas le même degré de contrainte à son encontre que son placement dans un centre de rétention. Mais ce maintien, « en raison de l'effet conjugué du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée », affecte néanmoins la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution (cons. 13, 14 et 15).

²⁹⁷³ V. A. PENA, Sûreté personnelle (Droit à la), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2010, D. CHAGNOLLAUD et G. DRAGO (dir.), p. 685 et s., p. 688, ajoutant que « le rayonnement de la liberté individuelle dépend de l'intensité de l'entrave portée à la liberté d'aller et venir ».

²⁹⁷⁴ V. A. PENA-GAIA, Les rapports entre la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir (...), *op. cit.*, n°323 à 326, p. 172 et 173 : « Entrent ainsi exclusivement dans la sphère de la liberté d'aller et venir, les mesures qui, à raison de leur objet, restreignent partiellement l'exercice de cette liberté sans pour autant jamais l'empêcher totalement. En revanche, ces mêmes mesures qui altèrent *ab initio* la mise en œuvre de la liberté d'aller et venir basculent, dans le champ de la liberté individuelle lorsqu'elles engendrent, compte tenu de l'incidence combinée de leur objet, de leur durée ou de leurs effets à venir, l'impossibilité de jouir d'une latitude de mouvement appréciable ». Rapp., C.C., Q.P.C., 8 juin 2012, n°2012-253, préc., cons. 4.

²⁹⁷⁵ Sur les critères relatifs à l'objet, à la durée et aux effets de la mesure restrictive de liberté : A. PENA, Sûreté personnelle, *op. cit.*, p. 689 et 690. *Adde*, en droit européen, CEDH, 28 nov. 2002, *Lavents / Lettonie*, n°58442/00, J.C.P., 2003, I, 109, n°4, obs. F. SUDRE ; J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J., 2007, n°238, p. 298.

²⁹⁷⁶ La classification qui va suivre est, encore une fois, relative. Elle est « souple », car certains actes restent très délicats à ranger comme l'arrestation. Cet acte porte atteinte à la liberté individuelle. Or, la doctrine note parfois qu'il attente à la liberté d'aller et de venir : V. P. CONTE, Un aspect de l'apparence vraisemblable (...), *op. cit.*, n°37, p. 495.

²⁹⁷⁷ Art. 73 du C.P.P. ; F. FOURMENT, L'arrestation, menace à la liberté individuelle, devant le droit français, *op. cit.*, p. 43, pour qui la privation de liberté est « qualifiée au moment même de l'arrestation ».

²⁹⁷⁸ Art. 78-3 et 529-4 du C.P.P.

²⁹⁷⁹ Art. 62-2 et s., 77 et 154 du C.P.P.

²⁹⁸⁰ Art. 803-2 et 803-3 du C.P.P.

²⁹⁸¹ Art. 70 et 77-4 du C.P.P. (placement en garde à vue).

²⁹⁸² Art. 122 du C.P.P. (entre autres).

²⁹⁸³ Art. 145, al. 8 du C.P.P.

détention provisoire²⁹⁸⁴... Quant aux diverses mesures ne portant atteinte qu'à la liberté d'aller et venir, il en est ainsi de l'interdiction de s'éloigner du lieu de l'infraction²⁹⁸⁵, de la contrainte à comparaître²⁹⁸⁶, du contrôle d'identité²⁹⁸⁷, du mandat d'amener²⁹⁸⁸, du contrôle judiciaire²⁹⁸⁹, etc²⁹⁹⁰.

579. Il serait exagéré de prétendre qu'un contrôle d'identité, non suivi par une rétention aux fins de vérification d'identité, affecte la sûreté de la personne qui en fait l'objet²⁹⁹¹. La « gêne » occasionnée à la liberté d'aller et venir n'est pas excessive comme l'a relevé le Conseil constitutionnel²⁹⁹². La situation apparaît différente en ce qui concerne le contrôle judiciaire. Il s'avère beaucoup plus délicat de juger s'il porte atteinte à la liberté d'aller et venir ou à la sûreté, tant certaines de ses obligations restreignent la liberté individuelle²⁹⁹³. C'est notamment le cas de la mesure prévue à l'article 138, alinéa 2, 2° du C.P.P. qui impose au mis en examen de ne s'absenter de son domicile ou de la résidence fixée par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention qu'aux conditions et pour les motifs déterminés par ce magistrat²⁹⁹⁴. C'est encore le cas de celle prévue par l'article 10-2, II, 2° de l'ordonnance du 2 février 1945 imposant au mineur âgé de treize à dix-huit ans²⁹⁹⁵ de résider dans un centre éducatif fermé. Distinct d'un établissement carcéral, un tel centre s'en rapproche néanmoins puisqu'il demeure « fermé »²⁹⁹⁶.

580. L'acte coercitif peut aussi entamer le droit au respect de l'intégrité physique du justiciable²⁹⁹⁷. Ce problème de l'inviolabilité du corps humain a été soulevé en matière civile à partir du moment où

²⁹⁸⁴ Art. 137 du C.P.P. Sur l'idée que la détention provisoire ne doit attenter qu'à la liberté individuelle : M.-L. RASSAT, Liberté individuelle et détention provisoire, D., 2000, n°20, point de vue, p. V et VI.

²⁹⁸⁵ Art. 61, al. 1 du C.P.P.

²⁹⁸⁶ Art. 61, al. 3, 78, 109, al. 3 et 110 du C.P.P.

²⁹⁸⁷ Art. 78-2 du C.P.P.

²⁹⁸⁸ Art. 122 du C.P.P. ; Art. 310, al. 2 du C.P.P. (mandat d'amener délivré par le président de la cour d'assises). Mais il y a une atteinte à la liberté individuelle et non simplement à la liberté d'aller et venir, lorsque la personne recherchée en vertu d'un mandat d'amener est trouvée à plus de 200 kilomètres du siège du juge d'instruction qui a délivré le mandat, et qu'il n'est pas possible de la conduire dans le délai de vingt-quatre heures devant ce magistrat, elle est conduite devant le juge des libertés et de la détention du lieu de l'arrestation (art. 127 du C.P.P.). Il y a donc une privation de liberté dans ce cas, susceptible de durer jusqu'à quatre jours, voire six jours en cas de transfèrement lointain (art. 130 du C.P.P.).

²⁹⁸⁹ Art. 137 et 138 du C.P.P.

²⁹⁹⁰ Ces quelques exemples ne prétendent pas à l'exhaustivité. V. encore, art. 320, 320-1, 326, 354, 439 du C.P.P.

²⁹⁹¹ V. aussi, J.-F. CESARO, Le doute en droit privé, *op. cit.*, n°621, p. 644 et 645 ; D. THOMAS, *op. cit.*, n°523, p. 425, relevant que cette « gêne temporaire altère peu les libertés individuelles ».

²⁹⁹² V. C.C., 19-20 janv. 1981, n°80-127 DC, préc., cons. 56, le Conseil ajoutant « dès lors que les personnes interpellées peuvent justifier de leur identité "par tout moyen" ».

²⁹⁹³ Sur l'idée, C. CARDET, Le principe de subsidiarité de la détention provisoire, *op. cit.*, p. 303, pour qui « le contrôle judiciaire constitue une mesure de coercition, attentatoire aux libertés individuelles, parfois tout aussi redoutable qu'un placement en détention provisoire ».

²⁹⁹⁴ C.C., 29 août 2002, n°2002-461 DC, préc., cons. 85, estimant que cette mesure du contrôle judiciaire a « nécessairement pour effet de restreindre la liberté individuelle » ; P. COUVRAT, Le contrôle judiciaire, *op. cit.*, spéc. p. 111.

²⁹⁹⁵ V. cependant les restrictions prévues par l'article 10-2, III de l'ordonnance de 1945 pour les mineurs de moins de seize ans en matière correctionnelle.

²⁹⁹⁶ Dans le même sens, C. CARDET, *op. cit.*, p. 310 et 311 : « Ce n'est plus une mesure à mi-chemin entre la liberté et la détention : c'est un dispositif qui bascule résolument du côté de l'enfermement ».

²⁹⁹⁷ Le principe de l'inviolabilité du corps humain n'est mentionné ni dans la Constitution (ni dans les textes formant le bloc de constitutionnalité) ni dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ni dans le Code de procédure pénale. Il apparaît en revanche à l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

les examens biologiques et scientifiques se sont révélés nécessaires à la constitution d'une preuve, donc à l'établissement de la vérité²⁹⁹⁸. Il se pose aujourd'hui avec une certaine acuité en procédure pénale. Certains textes (loi n°2003-239 du 18 mars 2003, loi n°2004-204 du 9 mars 2004, etc) ont multiplié les atteintes au droit au respect de l'intégrité physique. Ceux-ci permettent d'effectuer, à certaines conditions, des examens médicaux et des prélèvements sur les justiciables en passant outre leur éventuel refus²⁹⁹⁹. L'article 706-47-2, alinéa 3, du C.P.P. autorise les autorités publiques à rechercher si un suspect est atteint d'une maladie sexuellement transmissible. L'article 706-56, I, alinéa 5 du C.P.P. concerne l'identification par ADN. Il octroie le pouvoir de procéder d'office à un prélèvement sur une personne condamnée pour crime ou déclarée coupable d'un délit puni de dix ans d'emprisonnement, ou sur une personne poursuivie pour un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement et ayant fait l'objet d'une décision d'irresponsabilité pénale en application des articles 706-120, 706-125, 706-129, 706-133 ou 706-134 du C.P.P. Ces textes témoignent d'une désacralisation progressive de l'inviolabilité du corps humain. Le recours à la coercition se voit justifié par les nécessités de l'ordre public, la recherche de la vérité, voire l'intérêt de la victime.

581. Les autres libertés individuelles affectées par l'acte coercitif sont celles protégées par l'article 8 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³⁰⁰⁰. Il s'agit du droit au respect de la vie privée, de son domicile et de sa correspondance. Malgré le silence de la Constitution à son sujet, le respect de la vie privée s'est vu conférer valeur constitutionnelle³⁰⁰¹. En l'absence de définition dans le Code civil, son article 9 issu de la loi du 17 juillet 1970 se contentant de poser que chacun a droit au respect de sa vie privée, la vie privée a été perçue comme « cette sphère de chaque existence dans laquelle nul ne peut s'immiscer sans y être convié »³⁰⁰². Son respect implique la prise en compte d'une double exigence : l'une de liberté, l'autre de secret³⁰⁰³. Or seul le droit au

Les articles 16-10 et 16-11 du Code civil semblent de plus le contenir. Pour certains, il faudrait rattacher le respect de l'intégrité physique à la notion constitutionnelle de liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, bien qu'aucune décision du juge constitutionnel n'ait explicitement opéré ce rattachement : V. T.-S. RENOUX, M. DE VILLIERS (dir.), Code constitutionnel 2014, *op. cit.*, « Art. C. 66 », p. 871 et s., spéc. p. 887.

²⁹⁹⁸ Comme en matière de filiation avec l'examen comparé des sangs. V. déjà, R. VIENNE, Preuve et atteintes à la personne, J.C.P., 1949, I, 758.

²⁹⁹⁹ Malgré le principe traditionnel de l'inviolabilité du corps humain : V. not., J. ROBERT, Rapport sur le corps humain et la liberté individuelle en droit français, *op. cit.*, spéc. p. 465 et 484.

³⁰⁰⁰ V. aussi, art. 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, où le terme « communication » a été préféré à celui de « correspondance » retenu par l'article 8 de la Convention.

³⁰⁰¹ Implicitement et en le rattachant à la liberté individuelle d'abord (V. N. MOLFESSIS, Le Conseil constitutionnel et le droit privé, *op. cit.*, n°163, p. 137 et 138), puis explicitement et en affirmant sa valeur constitutionnelle autonome découlant de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

³⁰⁰² J. RIVERO, H. MOUTOUH, Libertés publiques, t. II, *op. cit.*, n°84. Peu avant l'adoption de la loi de 1970, on a écrit que le droit au respect de la vie privée est un « droit subjectif de la personnalité, (...) un droit absolu (...) et qui s'exerce de façon discrétionnaire en ce sens que seul le titulaire du droit est maître de la divulgation des secrets de sa vie privée » : R. BADINTER, Le droit au respect de la vie privée, J.C.P., 1968, I, 2136, n°38. Il a pourtant été jugé que le droit au respect de la vie privée ne fait pas partie de l'état des personnes : Cass. crim., 16 avril 1980, D., 1981, jurispr., p. 68, note J. MESTRE.

³⁰⁰³ Opérée par la doctrine, cette distinction ne se retrouve pas dans la jurisprudence européenne qui traite du respect de la vie privée de façon globale : V. R. KOERING-JOULIN, Des implications répressives du droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, Rev. sc. crim., 1986, p. 721 et s., not. p. 723 et 736 ; P. KAYSER, La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée, Economica-P.U.A.M., 3^{ème} éd., 1995, préf. H. MAZEAUD ; A. PENA, Personnalité (droits de la), *op. cit.*, p. 576. D'aucuns notent cependant qu'« il faut

secret de la vie privée apparaît véritablement menacé par l'acte coercitif en procédure pénale. Il ne porte pas atteinte, tout au moins directement, aux choix de vie d'une personne (à son « libre-arbitre »), en résumé ni au droit à la vie familiale de son choix ni davantage au droit à la vie sexuelle de son choix³⁰⁰⁴. La liberté de la vie privée relève en réalité de la liberté personnelle tandis que son secret relève surtout du respect de la vie privée³⁰⁰⁵. En outre, l'acte coercitif constitue une investigation au sein de la vie privée des personnes concernées³⁰⁰⁶. Intrusif, il n'a cependant pas vocation à procéder à une divulgation de celle-ci (faits relatifs à la vie sentimentale, à la santé, au salaire...)³⁰⁰⁷.

582. Un bref examen de la protection constitutionnelle du droit au respect de la vie privée révèle que l'acte coercitif l'affecte de façon spécifique. Cet acte génère une violation caractérisée du secret de la vie privée. D'après le Conseil constitutionnel, « la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle »³⁰⁰⁸. Il faut que pèse sur ce droit « un degré de contrainte particulier » faisant basculer son régime de protection dans le champ de l'article 66 de la Constitution³⁰⁰⁹. Seules les atteintes les plus graves au secret de la vie privée lèsent la liberté individuelle au sens large³⁰¹⁰. Elles doivent donc être placées sous la surveillance et le contrôle du juge judiciaire³⁰¹¹. Celles qui sont moins importantes affectent la liberté personnelle fondée sur l'article 2 de la Déclaration de 1789 et leur contrôle incombe au juge judiciaire ou au juge administratif³⁰¹². Bien qu'elles n'attendent pas forcément à la liberté individuelle, les fouilles de véhicules s'avèrent très intrusives dans le respect de la vie privée. Elles causent une atteinte grave à

sans doute voir dans la liberté et la tranquillité de la vie privée deux aspects d'une même prérogative : l'un défensif, l'autre offensif. Ils ne sont pas envisageables l'un sans l'autre » : E. DREYER, *Vie privée (Droits fondamentaux et)*, Dictionnaire des droits fondamentaux, Dalloz, 2010, D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO (dir.), p. 726 et s., p. 729. Pour une proposition de fonder la vie privée sur la valeur d'autonomie : O. DE SCHUTTER, *La vie privée entre droit de la personnalité et liberté*, R.T.D.H., 1999, p. 827 et s., not. n°35 et s., p. 853 et s. En droit européen, F. SUDRE, *Les aléas de la notion de « vie privée » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Mélanges L.-E. PETTITI, Bruylant, 1998, p. 687 et s.

³⁰⁰⁴ Pour reprendre deux catégories, la première comprenant notamment le droit de se marier, de fonder ou non une famille et de mener où l'on veut sa vie familiale. Quant au droit à la vie sexuelle de son choix, il intéresse surtout les homosexuels et transsexuels qui revendiquent la reconnaissance de leur identité profonde : R. KOERING-JOULIN, *op. cit.*, p. 723 et 730.

³⁰⁰⁵ En ce sens et à juste titre, A. PENA-SOLER, *A la recherche de la liberté personnelle désespérément...*, *op. cit.*, p. 1697. Ceci explique pourquoi l'acte coercitif n'attente pas à la liberté de la vie privée.

³⁰⁰⁶ Cette violation de la vie privée est justifiée car elle est réalisée dans l'intérêt de la justice et tend notamment à la découverte de la vérité. Elle est donc conforme à l'article 8 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. A ce sujet, I. LOLIES, *La protection pénale de la vie privée*, P.U.A.M., 1999, préf. R. GASSIN, spéc. n°294 et s., p. 205 et s.

³⁰⁰⁷ Sur la distinction entre divulgation et investigation : P. KAYSER, *Aspects de la protection de la vie privée dans les sociétés industrielles*, Mélanges G. MARTY, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 725 et s., not. n°1, p. 725 ; A. ROUX, *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'Etat et les particuliers*, *Economica*, Droit public positif, 1983, préf. J.-C. VENEZIA, p. 23 et le plan de l'ouvrage.

³⁰⁰⁸ C.C., 18 janv. 1995, n°94-352 DC, préc., cons. 3.

³⁰⁰⁹ A. PENA-SOLER, *op. cit.*, p. 1689 ; J.-E. SCHOETTL, note préc. sous C.C., 23 juill. 1999, p. 709 et 710 ; T.-S. RENOUX, M. DE VILLIERS (dir.), *Code constitutionnel 2014*, *op. cit.*, « Art. C. 66 », p. 871 et s.

³⁰¹⁰ C.C., 22 avril 1997, n°97-389 DC, préc., cons. 44.

³⁰¹¹ V. C.C., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, préc., cons. 46 et 57 à 61.

³⁰¹² V. C.C., 25 juill. 1991, n°91-294 DC, préc., cons. 47 à 51 ; C.C., 20 janv. 1993, n°92-316 DC, préc., cons. 14 et 15 ; C.C., 13 mars 2003, n°2003-467 DC, préc., cons. 19. La jurisprudence constitutionnelle a récemment rappelé que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration de 1789 implique le respect de la vie privée : C.C., Q.P.C., 30 mars 2012, n°2012-227, *M. Omar S.*, J.O. du 31 mars 2012, p. 5918, cons. 6 ; C.C., Q.P.C., 13 juill. 2012, n°2012-264, *M. Saïd K.*, J.O. du 14 juill. 2012, p. 11636, cons. 5 ; C.C., Q.P.C., 11 oct. 2013, n°2013-347, *M. Karamoko F.*, J.O. du 13 oct. 2013, p. 16907, cons. 7 ; C.C., 25 mars 2014, n°2014-693 DC, préc., cons. 10.

son secret³⁰¹³. Il en va de même des fouilles corporelles. La Cour de cassation a considéré que la prise de photographies clandestines de plaques d'immatriculation de véhicules se trouvant à l'intérieur d'une propriété privée afin d'identifier les titulaires des cartes grises constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et du domicile. En l'espèce, les enquêteurs avaient utilisé un téléobjectif, la propriété n'étant pas visible de la voie publique³⁰¹⁴. Il n'est pas certain que cet acte possède un caractère coercitif eu égard au manque de gravité de son grief.

583. Ces actes entament sans conteste le respect de la vie privée. Mais ils n'apparaissent pas comme ceux qui lui portent les plus graves atteintes. Les violations caractérisées du secret de la vie privée procèdent surtout de mesures affectant l'inviolabilité du domicile et le secret des correspondances³⁰¹⁵. En procédure pénale, certains actes coercitifs malmènent ces deux libertés constitutionnellement garanties³⁰¹⁶. La perquisition permet aux autorités publiques de pénétrer dans un domicile contre le gré des occupants, et ce, malgré son inviolabilité, « une valeur essentielle dans notre société »³⁰¹⁷. Ces opérations peuvent même parfois se dérouler la nuit (entre 21 heures et 6 heures) lorsque l'enquête porte sur une infraction de criminalité organisée. Le Haut conseil a pris soin de rappeler que la protection de l'inviolabilité du domicile exige l'intervention de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle³⁰¹⁸.

³⁰¹³ Art. 78-2-2 et 78-2-3 du C.P.P. Le Conseil constitutionnel a effectué son contrôle au regard de l'article 66 de la Constitution et a estimé que ces textes ne méconnaissent pas celui-ci : C.C., 13 mars 2003, n°2003-467 DC, préc., cons. 12 et 14. Il rappelle l'autonomie des libertés dérivées que sont la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée (cons. 8). En 1977, il avait pourtant jugé que la fouille des véhicules, telle qu'elle avait été envisagée par le législateur, méconnaissait la liberté individuelle : C.C., 12 janv. 1977, n°76-75 DC, préc.

³⁰¹⁴ Cass. crim., 21 mars 2007, Bull. crim., n°89, préc., condamnant cette immixtion dans l'exercice de ce droit au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Deux raisons guident sa censure. D'une part, elle considère l'intrusion réalisée par les enquêteurs comme importante (photographies clandestines, usage d'un téléobjectif...), la chambre criminelle prenant soin de rappeler tous les faits et les investigations diligentées dans les motifs de sa décision. D'autre part, cet acte opéré en enquête préliminaire n'avait aucun fondement légal. L'ingérence n'était pas prévue par la loi. Rapp., Cass. crim., 25 juin 2014, n°14-81647, E.C.P.B., pour des photographies déclarées irrégulières par la chambre de l'instruction.

³⁰¹⁵ Dans ses décisions, le juge de Strasbourg s'efforce de dissocier les notions de « vie privée », de « domicile » et de « correspondance » afin d'assigner à chacune d'elles un champ d'application propre. V. CEDH, 16 déc. 1992, *Niemietz / Allemagne*, n°13710/88, préc., § 29, 30 et 32, distinguant les trois notions pour élargir leur champ d'application respectif aux activités professionnelles et commerciales et conclure que la perquisition incriminée s'analyse « en une ingérence dans les droits reconnus au requérant par l'article 8 » ; F. SUDRE, Les aléas de la notion (...), *op. cit.*, n°9 et 10, p. 693 et 694.

³⁰¹⁶ L'inviolabilité du domicile est ancienne en droit français, puisque l'article 76 de la Constitution de l'an VIII affirme déjà que « la maison de toute personne habitant le territoire français est un asile inviolable ». Selon certains, l'article 7 de la Déclaration de 1789 l'« englobe nécessairement » dans la mesure où « l'arrestation arbitraire suppose presque toujours violation de la demeure des particuliers » : P. BRAUD, La notion de liberté publique en droit français, *op. cit.*, p. 365. En revanche, la valeur constitutionnelle du secret des correspondances a été reconnue beaucoup plus tard : C.C., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, préc., cons. 4, la fondant sur les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789.

³⁰¹⁷ J. PRADEL, note préc. sous TGI Paris, 24 janv. 1985, D., 1985, jurispr., spéc. p. 500. Cette importance s'explique : V. R. VIENNE, note sous CA Aix (5^{ème} ch.), 25 mai 1954, J.C.P., 1954, II, 8411 : « Le système français de protection du domicile se rattache moins à la sauvegarde des biens qu'à celle de la personne. Ce n'est pas parce que le fonctionnaire pourrait, au cours d'une perquisition illégale, s'emparer d'objets ou de valeurs appartenant au tiers intéressé que la visite domiciliaire est soumise à des formalités particulières, mais afin de sauvegarder autant que possible son indépendance personnelle ».

³⁰¹⁸ C.C., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, préc., cons. 46.

584. Le secret des correspondances protège les lettres missives en ce qui le concerne³⁰¹⁹. Il arrive à ces lettres de constituer des pièces à conviction utiles à l'enquête ou à l'information. Les enquêteurs ou le juge d'instruction ont alors la possibilité de les saisir³⁰²⁰. Ce faisant, ils portent atteinte au secret des correspondances. Celui-ci ne se cantonne pas aux lettres ou aux documents. Il intéresse les différentes formes de communication, téléphoniques ou informatiques (courriers électroniques échangés sur l'Internet). Les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications affectent un tel secret³⁰²¹. Dans l'arrêt *Malone* du 2 août 1984, la Cour de Strasbourg a affirmé que la loi doit être assez claire pour déterminer « sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à opérer pareille atteinte secrète, et virtuellement dangereuse, au droit au respect de la vie privée et de la correspondance »³⁰²². Les perquisitions « informatiques » entament également ce secret³⁰²³.

585. En outre, les sonorisations et les fixations d'images de certains lieux ou véhicules³⁰²⁴ instituent « une possibilité redoutable d'espionnage de la vie privée par les autorités publiques »³⁰²⁵. Ces mesures de surveillance très intrusives attentent à l'inviolabilité du domicile, puisqu'il faut bien poser les micros et caméras chez les personnes en faisant l'objet, mais aussi au secret de la vie privée, les conversations étant écoutées et les faits et gestes observés³⁰²⁶. A l'instar des perquisitions, ces investigations se révèlent coercitives et créent une immixtion grave et directe dans l'intimité des intéressés. Plusieurs actes accomplis en procédure pénale apparaissent dès lors différents. L'immixtion qu'ils réalisent dans la vie privée des personnes concernées ne présente pas ces caractères, elle revêt une intensité moindre. Il s'agit de l'utilisation ou la consultation des divers fichiers informatiques, tels le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes³⁰²⁷, le fichier national automatisé des empreintes génétiques³⁰²⁸ ou le fichier automatisé des empreintes digitales³⁰²⁹.

³⁰¹⁹ Sur la notion de secret des correspondances : V. PELTIER, Le secret des correspondances, *op. cit.*, n°16 et s., p. 48 et s. ; V. aussi, E. PICARD, La police et le secret des données d'ordre personnel en droit français, *op. cit.*, spéc. p. 303 à 307.

³⁰²⁰ Art. 56 et 97 du C.P.P.

³⁰²¹ De même que les enregistrements de conversations téléphoniques à l'aide d'un magnétophone, « quels que soient les résultats techniques de l'enregistrement » : Cass. crim., 19 mai 1981, Bull. crim., n°161.

³⁰²² CEDH, 2 août 1984, *Malone / Royaume-Uni*, préc., §67. Plus généralement sur les écoutes, J. GEORGEL, Les libertés de communication, Dalloz, Connaissance du droit, 1996, p. 63 et s.

³⁰²³ Art. 57-1, 94 et 97 du C.P.P. Sur la question : C. MICHALSKI, La recherche et la saisie des preuves électroniques, *Gaz. pal.*, 9-11 fév. 2014, n°40 à 42, p. 12 et s., spéc. p. 13, soulignant que « l'ordinateur est un objet comme un autre : présent dans le lieu où la perquisition est effectuée, il peut être "ouvert" comme un sac ou "exploité" comme un téléphone ».

³⁰²⁴ Art. 706-96 et s. du C.P.P. Elles concernent les infractions énumérées à l'art. 706-73 du C.P.P.

³⁰²⁵ P. WACHSMANN, Libertés publiques, *op. cit.*, n°450.

³⁰²⁶ Pourtant le Conseil constitutionnel n'a opéré le contrôle de constitutionnalité de ces mesures que sous l'angle « du secret de la vie privée » : V. C.C., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, préc., cons. 61.

³⁰²⁷ Art. 706-53-1 et s. du C.P.P. ; V. Cass. crim., 17 janv. 2010, Bull. crim., n°35.

³⁰²⁸ Art. 706-54 et s. du C.P.P. ; V. pour l'enregistrement des empreintes génétiques : Cass. crim., 19 mars 2013, Bull. crim., n°66, préc.

³⁰²⁹ V. à cet égard, CEDH, 18 avril 2013, *M. K. / France*, n°19522/09, not. §37 à 47 ; J.C.P., 2013, 855, spéc. n°8, obs. F. SUDRE ; *Rev. sc. crim.*, 2013, p. 666, obs. D. ROETS ; R.P.D.P., 2013, p. 712, obs. J.-F. RENUCCI, où elle retient que la conservation des données concernant un individu dans ce fichier opère une violation de l'article 8 de la Convention. Elle a estimé, au vu des circonstances de l'espèce, que cette conservation s'analyse en une atteinte disproportionnée au droit du requérant au respect de sa vie privée.

Sans doute l'utilisation de ces fichiers peut-elle entamer la liberté personnelle³⁰³⁰. Elle n'occasionne cependant pas un grief comparable à celui généré par l'acte coercitif. Elle ne s'analyse donc pas comme un tel acte.

586. Il en va de même pour les surveillances³⁰³¹ et autres filatures ou les infiltrations³⁰³². Si elles affectent la vie privée des individus, l'intrusion réalisée demeure relativement faible. Elle n'atteint pas un degré de contrainte particulier³⁰³³. Afin de déterminer si un acte attentatoire à la vie privée constitue un acte coercitif ou non, le critère retenu reste celui de l'intensité de l'atteinte portée à celle-ci, en clair la gravité du grief engendré par cet acte. Contrairement aux « moyens techniques » (sonorisations, interceptions téléphoniques), ces « moyens humains » ne sauraient être perçus comme des moyens d'investigation susceptibles d'attenter à la « liberté individuelle »³⁰³⁴. La Cour européenne est même allée plus loin. Elle a déjà considéré que l'infiltration par la police d'un réseau criminel n'est pas constitutive d'une ingérence dans la vie privée du trafiquant, parce que ce dernier ne pouvait ignorer qu'il risquait de rencontrer un policier infiltré chargé de le démasquer. Le procédé de l'infiltration ne touche pas, selon elle, à la sphère de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³⁰³⁵.

587. Sans aller aussi loin, cette technique d'investigation pouvant affecter le secret de la vie privée d'un individu³⁰³⁶, cette atteinte apparaît sans commune mesure avec celle résultant des perquisitions ou

³⁰³⁰ V. d'ailleurs, C.C., 13 mars 2003, n°2003-467 DC, préc., cons. 17 et s., à propos de traitements automatisés de données nominatives mis en œuvre par les services de police et de gendarmerie dans le cadre de leurs missions. Ce traitement s'apprécie au regard de la liberté personnelle. V. CEDH, 18 sept. 2014, *Brunet / France*, n°21010/10, jugeant que le régime français de conservation de données sur une personne ayant bénéficié d'un classement sans suite dans le fichier STIC (système de traitement des infractions constatées) était contraire à l'article 8 de la Convention. V. pourtant, P.-Y. MAROT, Fonctions et mutations des fichiers de police (surveiller, enquêter et punir), A.J. pénal, 2007, dossier, p. 61 et s.

³⁰³¹ Art. 706-80 du C.P.P.

³⁰³² Art. 706-81 et s. du C.P.P. Sur l'évolution du champ d'application de l'infiltration : A. GALLOIS, L'infiltration, Procédures, 2014, Focus n°19. L'infiltration autorisée par le juge ne doit pas être viciée par une provocation policière antérieure, même réalisée par l'intermédiaire d'un tiers : V. CA Paris, 1^{ère} ch. instr., 27 fév. 2014, *Gaz. pal.*, 28-31 mai 2014, n°148 à 151, p. 7, note (approbative) G. POISSONNIER (nullité de la procédure, atteinte à la loyauté des preuves).

³⁰³³ En ce sens aussi : CEDH, 25 sept. 2012, *El Haski / Belgique*, n°649/08, § 102 et 107 ; J.C.P., 2013, 64, n°9, obs. F. SUDRE, où la Cour adhère au raisonnement du juge judiciaire belge, qui a considéré que la surveillance et filature d'une personne, y compris en prenant des photographies, doit être considérée comme « une atteinte mesurée » à sa vie privée. Rapp., Cass. crim., 23 oct. 2013, Bull. crim., n°203, considérant implicitement que des surveillances et de simples constatations visuelles ne constituent pas des actes coercitifs, après avoir bien distingué ces opérations, qui ne sont « pas de nature à porter atteinte à l'intimité de la vie privée », de la sonorisation et fixation d'images et de la perquisition ; Cass. crim., 19 fév. 2014, Bull. crim., n°45 ; D., 2014, pan., p. 1738, obs. J. PRADEL (simple surveillance par des agents des douanes).

³⁰³⁴ Sur le principe de cette distinction : C. DI MARINO, Investigations policières et respect du secret de la vie privée, Problèmes actuels de science criminelle, vol. XIX, P.U.A.M., 2006, p. 189 et s., spéc. p. 216 et 220.

³⁰³⁵ CEDH, 15 juin 1992, *Lüdi / Suisse*, n°12433/86, §40 ; R.T.D.H., 1993, p. 309, note C. DE VALKENEER. V. S. JACOPIN, La réception par les lois pénales françaises contemporaines de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, Dr. pénal, 2006, Etude n°9, spéc. n°6. Toutefois, il est possible de se demander si les juges européens n'ont pas évolué sur la question à la lecture de CEDH, 25 sept. 2012, *El Haski*, préc., puisque les juges belges ont mis sur un même plan « des méthodes d'investigation intrusives telles que les écoutes et le repérage téléphoniques, la perquisition ou l'infiltration ». La Cour européenne a adhéré à cette analyse (§102). Elle n'a néanmoins pas repris l'exemple de l'infiltration au §107, préférant se référer aux « écoutes téléphoniques » et à « l'interception de courriers » pour évoquer des « moyens particulièrement intrusifs dans la vie privée ».

³⁰³⁶ Dans le même sens : C. DE VALKENNER, note sous CEDH, 15 juin 1992, *Lüdi / Suisse*, R.T.D.H., 1993, p. 309, spéc. p. 320 et 332.

des sonorisations et fixations d'images. Actes peu intrusifs dans la vie privée, les surveillances et infiltrations ne doivent pas être perçues comme des actes coercitifs. Seuls les actes les plus intrusifs méritent cette qualification. A ce sujet, un doute est permis à propos de la surveillance par géolocalisation (G.P.S.). Définie comme « tout moyen technique destiné à la localisation en temps réel, sur l'ensemble du territoire national, d'une personne, à l'insu de celle-ci, d'un véhicule ou de tout autre objet, sans le consentement de son propriétaire ou de son possesseur », la géolocalisation peut être mise en œuvre selon deux techniques distinctes au cours d'une enquête³⁰³⁷. Il s'agit d'abord du « suivi dynamique, en temps réel, d'un terminal de télécommunication » qui permet, par une procédure spécifique, de localiser un téléphone mobile. Il s'agit ensuite de l'installation d'un dispositif technique (une balise) sur un objet ou un moyen de transport permettant de déterminer, en temps réel, la position d'une personne qui le détient ou dans lequel elle se trouve³⁰³⁸. La Cour de Strasbourg a refusé d'appliquer à une telle surveillance les critères dégagés en matière d'interception des télécommunications, parce que cette mesure doit passer, par rapport à l'interception de conversations téléphoniques, « pour constituer une ingérence moins importante dans la vie privée de la personne concernée »³⁰³⁹.

588. Quant à la chambre criminelle, elle y voit une ingérence nécessaire au sens de l'article 8 §2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, proportionnée au but poursuivi, ayant pour fondement légal l'article 81 du C.P.P. et effectuée sous le contrôle d'un juge, une « garantie suffisante contre l'arbitraire »³⁰⁴⁰. En somme, elle examine son régime qui s'apparente à celui applicable à tout acte coercitif. Elle a posé, à propos de la géolocalisation d'un téléphone portable, qu'il se déduit de l'article 8 de la Convention précitée que cette technique « constitue une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge »³⁰⁴¹. Elle semble ainsi assimiler cette investigation à un acte coercitif³⁰⁴². D'un côté, la géolocalisation d'un véhicule (par G.P.S.) ou d'un téléphone portable suppose la mise en place d'un dispositif technique à l'insu de l'individu, qui permet de suivre et de relever ses déplacements. D'un autre côté, le grief causé par cet acte se révèle relativement faible, contrairement à l'affirmation de la Cour de cassation ; en tout cas, moins grave que celui provoqué par des interceptions téléphoniques ou des opérations de sonorisation

³⁰³⁷ Art. 230-32 du C.P.P., créé par la loi n°2014-372 du 28 mars 2014, J.O. du 29 mars 2014, p. 6123.

³⁰³⁸ V. à cet égard, l'exposé des motifs du projet de loi relatif à la géolocalisation, Sénat, n°257 (2013-2014), p. 3.

³⁰³⁹ CEDH, 2 sept. 2010, *Uzun / Allemagne*, n°35623/05, §66 ; D., 2010, p. 2161, obs. S. LAVRIC ; D., 2011, p. 724, note H. MATSOPOULOU ; Rev. sc. crim., 2011, p. 217, obs. D. ROETS ; R.P.D.P., 2011, p. 187, obs. P. BEAUVAIS.

³⁰⁴⁰ Cass. crim., 22 nov. 2011, Bull. crim., n°234, préc. Sur la question, Rapport de la Cour de cassation, 2012, Etude, partie 4, titre 2, chap. 2, section 2, §2, A, 2°, b) « géolocalisation en matière pénale ».

³⁰⁴¹ Cass. crim., 22 oct. 2013, Bull. crim., n°196 et Cass. crim., 22 oct. 2013, Bull. crim., n°197 ; A.J. pénal, 2013, jurisp., p. 668, obs. L. ASCENSI ; Dr. pénal, 2013, comm. n°177, note A. MARON et M. HAAS ; Procédures, 2013, comm. n°358, note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Rev. sc. crim., 2013, p. 847, obs. D. BOCCON-GIBOD ; D., 2014, p. 115, note (critique) H. MATSOPOULOU ; Gaz. pal., 9-11 fév. 2014, n°40 à 42, p. 37, obs. F. FOURMENT.

³⁰⁴² Dans cette espèce, les juges du fond ont, eux, qualifié le dispositif de géolocalisation de « simples investigations techniques ne portant pas atteinte à la vie privée et n'impliquant pas de recourir, pour leur mise en œuvre, à un élément de contrainte ou de coercition ». Si la mise en œuvre du dispositif ne suppose pas en principe le recours à la coercition, cet acte porte tout de même atteinte à la vie privée.

et fixation d'images : les enquêteurs ne captent pas les paroles de la personne concernée et ne disposent pas directement d'images d'elle grâce à des caméras installées dans son véhicule³⁰⁴³. L'intrusion dans sa vie privée ne semble pas atteindre le seuil requis pour qualifier la géolocalisation d'acte coercitif³⁰⁴⁴, sauf peut-être lorsque le procédé nécessite de pénétrer dans un lieu privé, voire un lieu d'habitation, aux fins d'installation³⁰⁴⁵. Cet acte d'investigation constitue une surveillance, une sorte de filature grâce à un moyen technologique³⁰⁴⁶. Les filatures ont toujours été admises en faveur de la police judiciaire, même sans autorisation préalable du parquet³⁰⁴⁷.

589. On peut néanmoins penser que l'immixtion dans la vie privée de la personne dont le téléphone ou le véhicule fait l'objet d'une mesure de géolocalisation s'avère plus importante que celle résultant de la prise de photographies clandestines de véhicules situés à l'intérieur d'une propriété privée à l'aide d'un téléobjectif³⁰⁴⁸. Sans doute l'est-elle aussi davantage que celle découlant de l'utilisation d'un endoscope pour capter des images dans un box de garage fermé afin de s'assurer de la présence

³⁰⁴³ Dans le même sens : CEDH, 2 sept. 2010, *Uzun / Allemagne*, préc., §52 : « De l'avis de la Cour, il y a lieu de distinguer, de par sa nature même, la surveillance par G.P.S. d'autres méthodes de surveillance par des moyens visuels ou acoustiques qui, en règle générale, sont davantage susceptibles de porter atteinte au droit d'une personne au respect de sa vie privée car elles révèlent plus d'informations sur la conduite, les opinions ou les sentiments de la personne qui en fait l'objet ». V. aussi, estimant que la géolocalisation constitue une atteinte faible aux libertés individuelles : J. PRADEL, De la géolocalisation en procédure pénale. A la recherche d'un statut, J.C.P., 2014, Etude, 77, spéc. n°7 : « (...) la géolocalisation, peu attentatoire aux libertés individuelles, est moins intrusive que les écoutes téléphoniques et elle est non coercitive comme la garde à vue ; H. MATSOPOULOU, note sous Cass. crim., 22 oct. 2013 (2 arrêts), D., 2014, p. 115, spéc. p. 118 ; D. BOCCON-GIBOD, obs. sur Cass. crim., 22 oct. 2013 (2 arrêts), Rev. sc. crim., 2013, p. 847, spéc. p. 848 et 851, pour qui la géolocalisation demeure « nettement moins attentatoire à la vie privée » qu'une écoute téléphonique ou une perquisition ; S. MOUROU-VIKSTRÖM, La difficile conciliation entre surveillance secrète et protection des libertés individuelles : un défi réussi pour la Cour européenne des droits de l'homme ?, R.P.D.P., 2014, p. 301 et s., not. n°28 à 32, p. 325 à 330.

³⁰⁴⁴ V. aussi : C.C., 25 mars 2014, n°2014-693 DC, préc., cons. 13, soulignant que la mise en œuvre de la géolocalisation « n'implique pas d'acte de contrainte sur la personne visée ni d'atteinte à son intégrité corporelle, de saisie, d'interception de correspondance ou d'enregistrement d'image ou de son ; l'atteinte à la vie privée qui résulte de la mise en œuvre de ce dispositif consiste dans la surveillance par localisation continue et en temps réel d'une personne, le suivi de ses déplacements dans tous lieux publics ou privés ainsi que dans l'enregistrement et le traitement des données ainsi obtenues ». Rapp., sur le raisonnement, A. LEPAGE, Le Code pénal et la protection de la personnalité : propos sur l'autonomie et la codification du droit pénal, in Code pénal et Code d'instruction criminelle. Livre du bicentenaire, Dalloz, 2010, p. 507 et s., spéc. n°16, p. 519. Dans un sens différent : D. ROETS, obs. sur CEDH, 2 sept. 2010, *Uzun / Allemagne*, Rev. sc. crim., 2011, p. 217, spéc. p. 219 ; A.-S. CHAVENT-LECLERE, note sous Cass. crim., 22 oct. 2013, (2 arrêts), Procédures, 2013, comm. n°358 et note sous Cass. crim., 22 nov. 2011, Procédures, 2012, comm. n°18, la qualifiant de « mesure particulièrement attentatoire aux libertés et droits fondamentaux » ; J. BUISSON, La géolocalisation enfin prévue par une loi..., *op. cit.*, n°2, 9, 12 et la note n°25, évoquant « un acte aussi coercitif ou intrusif que la géolocalisation » (n°12) ; P. LE MONNIER DE GOUVILLE, Le régime juridique de la géolocalisation : une pierre de plus à la mosaïque processuelle pénale, Gaz. pal., 27-29 juill. 2014, n°208 à 210, p. 4 et s., not. p. 5, pour qui il s'agit d'un « procédé coercitif », une nouvelle « mesure coercitive ».

³⁰⁴⁵ V. art. 230-34 du C.P.P., créé par la loi n°2014-372 du 28 mars 2014. Selon ce texte, l'introduction peut avoir lieu, y compris en dehors des heures légales, dans des lieux privés destinés ou utilisés à l'entrepôt de véhicules, fonds, valeurs, marchandises ou matériel, ou dans un véhicule situé sur la voie publique ou dans de tels lieux, dans un autre lieu privé et même dans un lieu d'habitation, sous certaines conditions mentionnées au deuxième alinéa. En revanche, certains lieux ont été « sanctuarisés » : le cabinet et le domicile d'un avocat, le local d'une entreprise de presse, le cabinet d'un médecin, d'un notaire ou d'un huissier, enfin le bureau ou le domicile des députés, sénateurs et magistrats. Sur la pénétration dans les lieux privés : J. BUISSON, *op. cit.*, n°14 à 20 ; J.-P. VALAT, La loi du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation, Dr. pénal, 2014, Etude n°12, spéc. n°55 à 63.

³⁰⁴⁶ Selon le juge constitutionnel (C.C., 25 mars 2014, n°2014-693 DC, préc., cons. 13), « l'atteinte à la vie privée qui résulte de la mise en œuvre de ce dispositif consiste dans la surveillance par localisation continue et en temps réel d'une personne, le suivi de ses déplacements dans tous lieux publics ou privés ainsi que dans l'enregistrement et le traitement des données ainsi obtenues ».

³⁰⁴⁷ V. Cass. crim., 4 fév. 1991, Inédit, n°90-81370 ; Cass. crim., 4 juin 1991, Inédit, n°91-81682. Rapp., Cass. crim., 19 fév. 2014, préc. Sur ce point : J. PRADEL, De la géolocalisation en procédure pénale (...), *op. et loc. cit.*

³⁰⁴⁸ Cass. crim., 21 mars 2007, préc.

d'un véhicule, bien que la Cour de cassation ait assimilé l'utilisation de cet appareil à une opération de captation d'une image³⁰⁴⁹. Du point de vue de la jurisprudence criminelle, « certains actes d'enquête seraient plus intrusifs que d'autres et, partant, condamnables en l'absence de garanties suffisantes »³⁰⁵⁰. La « simple investigation » se distingue de la perquisition. Les constatations visuelles, également qualifiées de « simples investigations », ne se confondent pas avec les captations d'images prévues à l'article 706-96 du C.P.P.³⁰⁵¹. En exigeant le contrôle d'un juge lors de l'exécution de la géolocalisation, la Cour de cassation range cet acte parmi les plus intrusifs et admet, au fond, son rattachement à la catégorie des actes coercitifs³⁰⁵². Si cette analyse apparaît réjouissante dans l'optique de préserver les libertés individuelles, elle demeure toutefois très discutable en ce qu'elle aboutit à regarder la géolocalisation comme un acte coercitif.

590. Il est enfin un droit qui se trouve affecté par l'acte coercitif : le droit de propriété. Ce droit bénéficie d'une protection constitutionnelle³⁰⁵³. Il jouit aussi d'une garantie conventionnelle puisqu'il est prévu à l'article 1^{er} du protocole additionnel n°11 (1994) à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³⁰⁵⁴. L'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne le mentionne également. La propriété est définie à l'article 544 du Code civil comme « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». En dépit de sa protection par des textes éminents et de sa définition, le droit de propriété subit de nombreuses atteintes³⁰⁵⁵. Celles-ci restent fréquentes en procédure pénale, où les actes coercitifs ne l'épargnent pas.

591. En ce qu'elle prive momentanément un propriétaire de son bien, la saisie porte atteinte au droit de propriété³⁰⁵⁶. Elle peut même attenter au droit de propriété d'un tiers de bonne foi et non à celui du

³⁰⁴⁹ Cass. crim., 23 janv. 2013, Bull. crim., n°29 ; D., 2013, p. 1045, note T. POTASZKIN ; R.P.D.P., 2013, p. 362, obs. C. RIBEYRE : « Attendu que, si c'est à tort que la chambre de l'instruction a estimé que l'utilisation de cet appareil (endoscope) n'a pas constitué une opération de captation d'une image, elle a néanmoins justifié sa décision de rejet du moyen de nullité (...) ». La chambre de l'instruction avait considéré que l'usage de l'endoscope était un moyen de constatation visuelle.

³⁰⁵⁰ C. MICHALSKI, La recherche et la saisie des preuves électroniques, *op. cit.*, p. 15 et 16, évoquant justement une perquisition, une interception de correspondance, une privation de liberté, bref des actes coercitifs.

³⁰⁵¹ Sur cette démonstration : E. VERGES, Le contrôle graduel des preuves technologiques, R.P.D.P., 2013, p. 897 et s., spéc. p. 903. Pour de simples constatations visuelles récemment validées : Cass. crim., 25 juin 2014, n°14-81647, préc.

³⁰⁵² Rapp., même si l'auteur ne procède pas à l'assimilation : E. VERGES, *op. cit.*, p. 902. Sur ce contrôle, J. BUISSON, *op. cit.*, n°24.

³⁰⁵³ Art. 2 et 17 de la Déclaration de 1789. V. J. MORANGE, La déclaration et le droit de propriété, Droits, 1988, n°8, p. 101 et s. ; R. LEGEAIS, Le Conseil constitutionnel français, protecteur du droit de propriété, Mélanges R. LEGEAIS, Cujas, 2003, p. 201 et s.

³⁰⁵⁴ « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ».

³⁰⁵⁵ Certains soutiennent du reste qu'il s'agit d'une liberté de second rang : L. FAVOREU, La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789, *op. cit.*, spéc. n°40, p. 141.

³⁰⁵⁶ Art. 56 et 97 du C.P.P. ; C.C., Q.P.C., 21 mars 2014, n°2014-375 et autres, M. Bertrand L. et autres, J.O. du 23 mars 2014, p. 5737, à propos du régime de saisie des navires utilisés pour commettre des infractions en matière de pêche maritime. Déjà en ce sens : J. CARBONNIER, Instruction criminelle et liberté individuelle, *op. cit.*, p. 5.

seul suspect³⁰⁵⁷. En attendant sa restitution éventuelle, l'intéressé ne peut plus jouir de la chose ainsi qu'en dispose le Code civil. Le juge constitutionnel adopte une vision similaire de la saisie puisqu'il a estimé que la rétention de documents sans limite temporelle (ce qui ne signifie pas la privation définitive de ceux-ci) porte une atteinte excessive au droit de propriété³⁰⁵⁸. Lorsque l'information concerne une infraction relevant de la délinquance et criminalité organisées, des saisies conservatoires peuvent être opérées sur les biens de la personne mise en examen³⁰⁵⁹. De plus, l'article 695-9-1 du C.P.P. permet à l'autorité judiciaire d'un Etat membre de l'Union européenne de décider du gel de biens afin d'empêcher la destruction, la transformation, le déplacement, le transfert ou l'aliénation d'un bien pouvant faire l'objet d'une confiscation et se trouvant sur le territoire d'un autre Etat membre³⁰⁶⁰. Corollaire des saisies, les refus de restitution d'objets décidés par les magistrats affectent logiquement le droit de propriété³⁰⁶¹. Ce dernier demeure encore entamé par les fermetures d'établissements ordonnées à titre provisoire au cours de l'information³⁰⁶², voire par l'ordonnance du juge d'instruction qui, saisi d'une poursuite du chef de construction sans permis de construire, décide l'interruption des travaux en vertu de l'article L. 480-2 du Code de l'urbanisme³⁰⁶³.

592. Ces différentes libertés s'avèrent donc atteintes à titre direct et principal par les actes coercitifs effectués en procédure pénale. Elles se présentent comme essentielles et jouissent d'une protection constitutionnelle ou conventionnelle. La notion matricielle de libertés individuelles les renferme. Celle-ci est au cœur du grief produit par l'acte coercitif. Elle explique sa nature si particulière, caractérisée par sa gravité. L'acte coercitif cause un grief spécial : une atteinte aux libertés individuelles. Pareille atteinte constitue alors le critère commun et opérant de cette catégorie d'actes. Commun, car il se retrouve dans tout acte coercitif. Opérant, car il est propre à celui-ci. Il permet de

³⁰⁵⁷ Tel est le cas notamment de la saisie dite « patrimoniale » depuis les réformes opérées par les lois du 9 juillet 2012 et du 27 mars 2012. Sur la question : N. GUERRERO, Saisies pénales : regard pratique sur l'actualité d'un dispositif de plus en plus utilisé, *Gaz. pal.*, 24-25 juill. 2013, n°205 à 206, p. 5 et s., not. p. 7.

³⁰⁵⁸ V. C.C., 20 janv. 1993, n°92-316 DC, préc., cons. 16 ; Petites affiches, 2 juin 1993, p. 4, obs. B. MATHIEU et M. VERPEAUX. *Adde*, C.C., 27 déc. 1990, n°90-281 DC, préc., cons. 14 à 17, et les obs. T.-S. RENOUX à la R.F.D.C., 1991, p. 118.

³⁰⁵⁹ Art. 706-103 du C.P.P.

³⁰⁶⁰ Ce texte précise *in fine* que la décision de gel de biens possède les mêmes fondements et les mêmes effets juridiques que la saisie. V. aussi, directive 2014/42/UE du 3 avril 2014, préc., §31 : « Compte tenu de la limitation du droit de propriété qu'entraînent les décisions de gel (...) ».

³⁰⁶¹ Art. 41-4, 99, 212, al. 3, 373 du C.P.P. (entre autres). La loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007 a ajouté un quatrième alinéa à l'article 41-4 du C.P.P., en vertu duquel le procureur de la République peut ordonner la destruction des biens meubles saisis dont la conservation n'est plus nécessaire à la manifestation de la vérité, lorsqu'il s'agit d'objets qualifiés par la loi de dangereux ou nuisibles, ou dont la détention est illicite. L'atteinte portée au droit de propriété est alors patente. Ayant fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité et la Cour de cassation ayant décidé de transmettre ladite question au juge constitutionnel (Cass. crim., 11 fév. 2014, Inédit, n°13-90036), celui-ci a abrogé cette disposition, considérant « qu'en permettant la destruction de biens saisis, sur décision du procureur de la République, sans que leur propriétaire ou les tiers ayant des droits sur ces biens et les personnes mises en cause dans la procédure en aient été préalablement avisés et qu'ils aient été mis à même de contester cette décision devant une juridiction afin de demander, le cas échéant, la restitution des biens saisis », celle-ci méconnaît les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : C.C., Q.P.C., 11 avril 2014, n°2014-390, *M. Antoine H.*, J.O. du 13 avril 2014, p. 6693, cons. 5 ; J.C.P., 2014, 478 ; A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 368, obs. P. BELLOIR ; Procédures, 2014, comm. n°183, obs. J. BUISSON.

³⁰⁶² Art. 706-33 et 706-36 du C.P.P.

³⁰⁶³ V. Cass. crim., 10 janv. 1980, Bull. crim., n°18, préc.

discriminer cet acte des autres faisant grief, tels les actes juridictionnels (non coercitifs bien sûr). Il apparaît possible de regrouper l'ensemble des actes coercitifs selon ce critère. Définie de la sorte, la gravité de ce grief commande l'évolution de la vision traditionnelle du grief en procédure pénale.

§2 – La conception renouvelée du grief

593. Souligner la spécificité du grief inhérent à l'acte coercitif conduit à s'interroger sur la notion de grief. Contrairement à ce que laissent penser la jurisprudence et la doctrine, celle-ci ne revêt pas un aspect unique. L'exploration de l'acte coercitif révèle qu'il existe un grief d'une nature différente de celui d'ordinaire causé en procédure pénale. Aussi, sa singularité met en évidence la dualité de nature du grief (A) et invite à abandonner la conception restrictive de cette notion. Elle doit entraîner certaines conséquences sur les nullités (B).

A – La singularité du grief dans l'acte coercitif : la mise en évidence de la dualité de nature du grief

594. Connue du droit administratif, la notion de grief se retrouve en matière civile. L'article 114, alinéa 2, du Code de procédure civile, relatif aux actes de procédure, consacre la règle « pas de nullité sans grief »³⁰⁶⁴. Cette règle prévaut également en procédure pénale. Elle ressort de l'article 802 du C.P.P., ajouté par une loi du 6 août 1975, même si ce texte n'emploie pas formellement le terme de grief³⁰⁶⁵. Ces dispositions possèdent la même finalité. Elles tendent à limiter les cas dans lesquels l'annulation est prononcée³⁰⁶⁶. Aucune d'elles ne définit cependant le grief dont il faut reconnaître l'imprécision en l'absence de définition légale³⁰⁶⁷. Se fondant sur la jurisprudence, les civilistes enseignent qu'il consiste surtout en une atteinte aux droits de la défense. Il est assimilé « à l'impossibilité absolue de faire valoir ses droits »³⁰⁶⁸. Une conception très proche domine la matière

³⁰⁶⁴ « La nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public ».

³⁰⁶⁵ « En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne ». La chambre criminelle appliquait la règle « pas de nullité sans grief » avant l'adoption de la loi de 1975, de sorte que celle-ci a consacré la jurisprudence : P. COUV RAT, *Les méandres de la procédure pénale*, D., 1976, chron., p. 43 et s., not. p. 50 ; A. MAURICE-HERSANT, *Réflexions sur l'article 802 du Code de procédure pénale*, D., 1976, chron., p. 117 et s. et D., 1979, chron., p. 259 et s.

³⁰⁶⁶ Pour un exemple ancien mais flagrant, V. Cass. crim., 10 nov. 1977, D., 1978, jurisp., p. 621, note W. JEANDIDIER.

³⁰⁶⁷ A cet égard : Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, 2013, Nouvelle bibliothèque de thèses, préf. J.-C. SAINT-PAU, n°590 et s., p. 321 et s.

³⁰⁶⁸ J. LEMEE, *La règle « pas de nullité sans grief » depuis le Nouveau code de procédure civile*, R.T.D.civ., 1982, p. 23 et s., spéc. n°45, p. 46 ; D. TOMASIN, *Remarques sur la nullité des actes de procédure*, Mélanges P. HEBRAUD, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 853 et s., not. p. 864 ; Y. LOBIN, *La notion de grief dans les nullités des actes de procédure*, Mélanges J. VINCENT, Dalloz, 1981, p. 233 et s., spéc. p. 239 ; G. CLEMENT, *De la règle « pas de nullité sans grief » en droit judiciaire privé et en procédure pénale*, Rev. sc. crim., 1984, p. 433 et s., spéc. p. 437. Pour une critique des positions jurisprudentielles et doctrinales, G. WIEDERKEHR, *La notion de grief et les nullités de forme dans la procédure*

pénale, où le grief se résume, à titre essentiel, en une atteinte aux droits de la défense. Il s'agit, le plus souvent pour l'intéressé, de « l'atteinte à un droit (par exemple, la défense a été effectivement mise dans l'impossibilité d'exercer ses droits, c'est-à-dire avant tout son droit de discussion), soit plus largement dans l'aggravation de sa position dans la phase d'instruction ou de jugement »³⁰⁶⁹. Les droits de la défense, notion matricielle, peuvent être méconnus par le biais de la violation d'un de ses principes dérivés, tels le droit au recours ou le double degré de juridiction³⁰⁷⁰.

595. Il subsiste certes d'autres formes de griefs en procédure pénale. Selon la jurisprudence, le vice dans la recherche de la vérité constitue parfois un grief. Utilisée à l'origine en matière de garde à vue afin de réduire au maximum le domaine des nullités substantielles³⁰⁷¹, cette analyse a été étendue, notamment pour sanctionner de graves manquements au principe de la loyauté dans la recherche des preuves³⁰⁷². Il a été noté que le vice dans la recherche de la vérité forme « un grief à part dans le droit des nullités » ; bien qu'il « marque la pénétration du principe de loyauté dans la procédure pénale », il y tient « une place résiduelle »³⁰⁷³.

596. Il arrive que le grief prenne un autre aspect. Celui-ci peut être causé de façon indirecte. C'est le cas lorsque des pièces d'une procédure distincte (enquête ou information) sont versées dans la procédure suivie contre une personne mise en examen. Leur annulation peut-elle être demandée dans

civile, D., 1984, chron., p. 165 et s., spéc. p. 167, pour qui « le grief est constitué lorsque l'irrégularité a eu pour conséquence de déranger le cours normal de la procédure, sans qu'il y ait lieu d'établir que le jugement s'en trouvera influencé ».

³⁰⁶⁹ H. CONCHON, *L'évolution des nullités de l'instruction préparatoire*, L'Harmattan, 2002, Sciences criminelles, préf. A. VITU, p. 122, ajoutant que « le grief serait le préjudice subi par le demandeur dans la désorganisation de ses moyens de défense à la suite d'une irrégularité, dans la mesure où la violation pourrait causer à l'individu une perte de chances réelles de se défendre et d'aboutir à un résultat plus favorable à ses intérêts » ; V. GRELLIERE, *Nullités de l'instruction et bonne administration de la justice pénale*, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, t. XXVIII, 1980, p. 121 et s., spéc. n°28, p. 171 et 172 ; J. PRADEL, *L'instruction préparatoire*, *op. cit.*, n°743, p. 767 ; G. CLEMENT, *op. cit.*, p. 440 ; E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, *op. cit.*, n°438, p. 428 ; B. CHABERT, P.-O. SUR, *Le point en matière de nullités de procédure pénale au fil des cent dernières décisions de la chambre d'accusation de Paris*, *Gaz. pal.*, 1997, doct., p. 1473 et s., not. p. 1474, précisant, à propos des articles 171 et 802 du C.P.P., que « c'est la notion de grief fait aux droits de la défense » ; Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, *op. cit.*, n°598, p. 326, expliquant le rapport entre la notion de grief et l'atteinte aux droits de la défense : « la nullité n'est prononcée que si l'on peut constater à la fois la violation d'une garantie de défense (formalité de procédure) et celle des droits de la défense (grief) ».

³⁰⁷⁰ Ce qui signifie que le grief affectant le principe dérivé « contamine » le principe matriciel. Sur ce point, E. VERGES, *op. cit.*, n°316, p. 317 et n°438, p. 429 et 430. Pour les principes non compris dans les droits de la défense, le grief ne découle pas forcément de leur violation : V. par ex., Cass. crim., 3 janv. 1996, Dr. pénal, 1996, comm. n°233, note A. MARON ; Cass. crim., 25 janv. 1996, Dr. pénal, 1996, comm. n°200, note A. MARON (violation du secret de l'instruction).

³⁰⁷¹ V. Cass. crim., 17 mars 1960, Bull. crim., n°156 ; J.C.P., 1960, II, 11641, note P. CHAMBON ; V. toutefois, CA Douai, 12 déc. 1962, *Gaz. pal.*, 1963, I, jurispr., p. 407. En l'espèce, la garde à vue cumulait les irrégularités (suspect emmené sans raison loin de sa région, absence de notification de ses droits...). La Cour avait alors considéré que les aveux obtenus viciaient fondamentalement la recherche et l'établissement de la vérité.

³⁰⁷² V. Cass. crim., 27 fév. 1996, D., 1996, jurispr., p. 346, note C. GUERY ; J.C.P., 1996, II, 22629, note M.-L. RASSAT. Il ressort de l'arrêt que « l'interpellation de X (...) a procédé d'une machination de nature à déterminer ses agissements délictueux et que, par ce stratagème, qui a vicié la recherche et l'établissement de la vérité, il a été porté atteinte au principe de la loyauté des preuves ». Remarquons qu'à l'origine, la solution retenue pour la garde à vue avait gagné la décision de prolongation de la détention préventive entachée d'une irrégularité : V. Cass. crim., 4 mai 1961, Bull. crim., n°237.

³⁰⁷³ E. VERGES, *La catégorie juridique (...)*, *op. cit.*, n°438, p. 430 et n°439, p. 431. Cet auteur est l'un des rares à consacrer des développements substantiels sur la notion de grief. Il a très bien mis en évidence l'évolution relatée. Il relève, à cet égard, que « la sanction s'est déplacée de la nullité d'une mesure restrictive de liberté (garde à vue, arrestation) vers les actes procéduraux les plus essentiels en ce qu'ils contiennent les preuves nécessaires à la condamnation ».

la procédure à laquelle elles ont été jointes ? Même s'il s'agit d'un grief indirect, la personne concernée le subit lorsque des irrégularités affectent des actes accomplis lors de la procédure distincte. Après la condamnation prononcée par la Cour de Strasbourg dans l'arrêt *Matheron*³⁰⁷⁴, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence. Elle a jugé le mis en examen recevable à arguer d'irrégularités d'actes réalisés au cours de l'information distincte³⁰⁷⁵. Mais elle est revenue sur sa solution et a repris sa position restrictive, du moins pour la garde à vue et l'audition libre³⁰⁷⁶. Malgré ces différents griefs, celui-ci procède en général d'actes viciés ou de l'irrespect des formes procédurales en matière pénale. L'irrégularité constitue un préjudice portant atteinte aux droits de la défense³⁰⁷⁷.

597. Cette conception traditionnelle du grief ne permet pas d'appréhender complètement cette notion. Elle apparaît restrictive car elle n'en fournit qu'une vision partielle. Elle passe sous silence celui généré par l'acte coercitif. Or cet acte cause un grief intrinsèque. Si certains actes demeurent insusceptibles de faire grief comme les mesures d'administration judiciaire, l'acte coercitif fait lui nécessairement grief. C'est adopter une conception objective du grief et l'apprécier *in abstracto*, contrairement à la conception classique qui l'envisage de manière subjective, c'est-à-dire *in concreto*³⁰⁷⁸. Il faut dès lors admettre qu'il existe non une simple différence de degré entre les deux, mais bien une différence de nature. Comment pourrait-il en être autrement puisque dans un cas le grief naît de la violation des règles, il suppose une irrégularité procédurale³⁰⁷⁹, alors qu'avec l'acte coercitif, il naît de l'application des règles prévues par le Code de procédure pénale (sous réserve qu'elles soient respectées), il existe avant toute irrégularité éventuelle ?

598. De ce point de vue, le grief ne revêt pas une nature unique. Le droit ou la liberté qu'il affecte témoigne de sa dualité. Dans le cadre des articles 171 et 802 du C.P.P., il porte atteinte aux intérêts d'une partie, de manière schématique aux droits de la défense³⁰⁸⁰. Lorsqu'un acte coercitif est accompli, il attente aux libertés individuelles. Le grief ne possède donc pas la même nature s'il affecte

³⁰⁷⁴ CEDH, 29 mars 2005, *Matheron / France*, préc.

³⁰⁷⁵ Cass. crim., 7 déc. 2005, Bull. crim., n°327 ; Cass. crim., 8 juin 2006, Bull. crim., n°166 ; Cass. crim., 19 déc. 2007, Bull. crim., n°317 ; A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 144, obs. S. LAVRIC ; Cass. crim., 16 fév. 2011, Bull. crim., n°29. La solution est générale, elle s'applique quel que soit l'acte dont l'annulation est demandée, en vertu de l'exigence du procès équitable. Sur la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, V. Cass. crim., 13 oct. 1998, Bull. crim., n°254 ; Cass. crim., 15 janv. 2003, Bull. crim., n°10.

³⁰⁷⁶ A partir de Cass. crim., 14 fév. 2012, Bull. crim., n°42 et 43 (2 arrêts). Sur la question, V. *infra*, n°1137 et s.

³⁰⁷⁷ C'est d'ailleurs la vision de la Cour de cassation au lendemain de l'adoption de la loi du 6 août 1975, jugeant qu'« il n'apparaît pas (en l'espèce) que la violation des formes qui aurait été ainsi commise ait eu ou ait pu avoir pour effet de porter atteinte aux intérêts du demandeur » : Cass. crim., 18 mars 1976, D., 1976, jurisp., p. 548, note J.-M. ROBERT.

³⁰⁷⁸ Le juge pénal apprécie *in concreto* l'atteinte aux intérêts et exige la preuve d'un préjudice effectif, qui ne s'induit pas de la gravité de l'irrégularité. Il n'existe pas d'automatisme entre gravité de l'irrégularité et grief. Ceci permet au juge d'écarter bien souvent la demande d'annulation : V. G. CLEMENT, *op. cit.*, p. 442 et les arrêts cités en note n°65 ; P. HENNION-JACQUET, Les nullités de l'enquête et de l'instruction : un exemple du déclin de la légalité procédurale, R.P.D.P., 2003, p. 7 et s., spéc. p. 24 et les arrêts cités en note n°144.

³⁰⁷⁹ En effet, tous les griefs précédemment évoqués (atteinte aux droits de la défense, vice dans la recherche de la vérité, grief indirect) ont pour point commun de naître d'irrégularités procédurales.

³⁰⁸⁰ V. aussi, H. CONCHON, *op. cit.*, p. 122 : « **La nature du grief** : l'atteinte aux droits de la défense » (nous soulignons).

un droit procédural ou, à l’opposé, un droit fondamental comme dans l’hypothèse de l’acte coercitif³⁰⁸¹. Bien qu’elle soit parfois discutée par la doctrine³⁰⁸², la distinction entre les droits processuels et les droits substantiels de « l’accusé » au sens conventionnel apporte un éclairage intéressant à ce sujet. Une classification des mesures d’investigation, fondée sur le droit ou la liberté menacée, a justement été réalisée. Il a été indiqué que certaines menacent « les droits les plus élémentaires de la personne, comme le droit à l’intimité de sa vie privée, le droit à l’intégrité de sa personne, ou la liberté d’aller et de venir, dont l’individu ne peut être privé, en tout ou en partie. Les autres affectent plus spécifiquement les droits de la personne confrontée à la justice pénale ; elles atteignent les droits de la défense »³⁰⁸³.

599. Distinguer les droits substantiels des droits processuels constitue le meilleur moyen de saisir la différence de nature entre les deux sortes de griefs. Les premiers, protégés par le droit pénal de fond, sont accordés à « l’accusé » en tant que membre du genre humain³⁰⁸⁴. Il s’agit, entre autres, du droit à la vie, du droit au respect de l’intégrité physique et psychique, de la liberté d’aller et venir ou du droit au respect de la vie privée. Les droits processuels ne sont pas, eux, attribués à « l’accusé » en raison de son appartenance à l’humanité, mais parce qu’il est impliqué dans le procès pénal. Ils permettent surtout de se défendre. Ce sont ceux que possède un individu pour se protéger contre sa mise en cause dans un procès pénal ou pour faire valoir ses droits devant la justice³⁰⁸⁵. Ils sont liés, en un mot, à l’exigence d’un procès équitable proclamé par l’article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales³⁰⁸⁶. Même s’ils entretiennent des rapports étroits, ces deux types de droits apparaissent distincts. Analyser de façon systématique le grief comme une atteinte aux droits processuels, en particulier aux droits de la défense, occulte alors une réalité juridique. Il faut cesser ce lien systématique, le grief pouvant consister en une atteinte aux droits substantiels³⁰⁸⁷.

600. C’est précisément un grief de cette nature qu’engendre l’acte coercitif en procédure pénale. Il génère un grief intrinsèque qui affecte une ou plusieurs libertés individuelles. Il convient juste de réserver l’hypothèse où cet acte est accompli à l’encontre d’une personne morale. Une légère

³⁰⁸¹ Sur cette distinction : E. VERGES, *op. cit.*, n°442, p. 434 et 435, faisant remarquer qu’ « au-delà du respect des droits de la défense, c’est l’atteinte à la liberté d’aller et de venir qui préoccupe la juridiction suprême. (...) Avec les décisions sur la protection de la liberté individuelle, on se rend compte de la pluralité des formes que peut prendre le grief. Il ne s’agit pas seulement d’un préjudice procédural, mais encore d’une atteinte à un droit fondamental ».

³⁰⁸² V. X. PIN, Le consentement en matière pénale, *op. cit.*, n°436, p. 364, pour qui cette distinction apparaît « artificielle, parce qu’un droit substantiel n’existe qu’autant qu’une action le protège ».

³⁰⁸³ X. PIN, *op. cit.*, n°487, p. 393 et 394.

³⁰⁸⁴ P. HENNION, Preuve pénale et droits de l’homme, *op. cit.*, n°9, p. 16 et n°277, p. 256 et 257, ayant bâti sa recherche à partir de cette distinction.

³⁰⁸⁵ P. HENNION, *op. cit.*, n°278, p. 258. Les droits processuels sont plus étendus que les droits de la défense.

³⁰⁸⁶ P. HENNION-JACQUET, Les nullités de l’enquête et de l’instruction (...), *op. cit.*, p. 8 et 9. A titre d’exemple, il s’agit du droit à l’assistance d’un avocat, la possibilité d’exercer un recours, etc.

³⁰⁸⁷ Rappr., Y. CAPDEPON, Essai d’une théorie générale des droits de la défense, *op. cit.*, n°643 et 644, p. 343 et 344, précisant que « si, dans l’exemple précédent (relatif aux écoutes téléphoniques), le droit au respect de la vie privée est complètement évincé au profit d’une analyse fondée sur les droits de la défense, il n’est pas le seul principe ou droit fondamental à subir les effets néfastes d’une surestimation du rapport entre le grief et l’atteinte aux droits de la défense ».

adaptation s'avère nécessaire compte tenu de la particularité de ces personnes. Dire que le grief entame leurs libertés essentielles ou fondamentales semble plus adéquat³⁰⁸⁸. En dehors de ce cas singulier, les actes coercitifs menacent les libertés individuelles. Ils sont restrictifs ou privatifs de liberté. Le législateur a doté les autorités publiques de mesures qui font grief aux personnes concernées en ce sens qu'elles limitent fortement leurs libertés³⁰⁸⁹. Ce grief intrinsèque à l'acte coercitif a été mis en évidence pour les mandats de justice³⁰⁹⁰, les écoutes téléphoniques³⁰⁹¹, les perquisitions³⁰⁹² ou bien la garde à vue³⁰⁹³.

601. Il apparaît pour le moins surprenant que ce grief spécifique n'ait pas davantage retenu l'attention de la jurisprudence et de la doctrine³⁰⁹⁴. Constitutif d'une atteinte à la liberté individuelle, à l'inviolabilité du domicile, au droit de propriété, etc, il se distingue de la violation des droits procéduraux ou d'irrégularités affectant la procédure³⁰⁹⁵. Il peut être qualifié de grief spécial en raison de sa gravité pour celui qui le subit³⁰⁹⁶. Le grief atteignant les droits procéduraux peut dès lors être taxé de simple ou d'ordinaire. Il n'est pas question d'opposer de façon radicale ces deux sortes de préjudices ; car « les droits de la défense sont un aspect de la protection des libertés individuelles »³⁰⁹⁷. Les protéger constitue une garantie de ces libertés, même s'ils demeurent dissemblables de celles-ci³⁰⁹⁸. Ce serait le mode de saisine du juge pénal par voie d'exception aux fins d'annulation de la procédure qui expliquerait pourquoi celui-ci préfère se fonder sur le droit à un procès équitable pour protéger la liberté individuelle³⁰⁹⁹.

³⁰⁸⁸ S'agissant des personnes morales, il serait en effet impropre d'écrire que le grief intrinsèque à l'acte coercitif consiste en une atteinte aux libertés individuelles.

³⁰⁸⁹ V. J. MOREAU, La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *op. cit.*, n°21, p. 1668 ; P. HENNION, *op. cit.*, n°9, p. 17, dressant pratiquement le même constat.

³⁰⁹⁰ V. GRELLIERE, *op. cit.*, n°49, p. 200.

³⁰⁹¹ V. M. ALBAREDE, Le régime juridique des écoutes téléphoniques judiciaires, *op. cit.*, p. 7 : « Parce qu'elle attente aux libertés fondamentales, au respect de la vie privée et à la dignité de l'homme, l'écoute téléphonique est, intrinsèquement, porteuse de préjudice, comme le sont une perquisition ou une détention provisoire ».

³⁰⁹² V. J. PRADEL, Vers un « aggiornamento » des réponses de la procédure pénale à la criminalité (...), *op. cit.*, n°41.

³⁰⁹³ V. CA Reims (ch. corr.), 19 nov. 2003, Juris-Data n°2003-277394. La Cour relève que la procédure pénale, avec garde à vue, est viciée par cette retenue sans aucun titre légal. Dès lors « cette retenue sous la contrainte de M. Dosso a porté une atteinte certaine à ses droits et à sa liberté d'aller et venir, et lui a causé un grief manifeste » ; CA Montpellier (3^{ème} ch. corr.), 20 mai 2008, Juris-Data n°2008-370377.

³⁰⁹⁴ V. cependant, en matière de garde à vue, Cass. crim., 13 fév. 1996, Bull. crim., n°74, soulignant que « le dépassement de ce délai, (...) constitue par lui-même une atteinte aux intérêts de la personne concernée ».

³⁰⁹⁵ Comme l'omission de convoquer l'avocat du mis en examen lors de la notification des conclusions de l'expertise (art. 167 du C.P.P.), l'inobservation du délai de cinq jours ouvrables prévu par l'article 114 du C.P.P., l'irrégularité de l'interrogatoire du mis en examen, l'absence de date dans un acte de la procédure... Si la jurisprudence abonde en matière de nullité, elle adopte une conception restrictive du grief et prononce peu la nullité. Par ex., Cass. crim., 7 juin 1988, Bull. crim., n°258 ; Cass. crim., 30 oct. 2001, Bull. crim., n°223 ; Cass. crim., 27 sept. 2011, Bull. crim., n°186, préc.

³⁰⁹⁶ L'adjectif « spécial » traduit au demeurant la stricte nécessité devant présider à l'adoption des actes coercitifs, comme l'impose l'article préliminaire du Code de procédure pénale.

³⁰⁹⁷ F. LUCHAIRE, La sûreté : droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme ?, *op. cit.*, p. 620. V. aussi, G. DI MARINO, Les nullités de l'instruction préparatoire, Thèse, Aix-Marseille, 2 tomes, 1977, p. 251 et 252.

³⁰⁹⁸ V. déjà, G. LEVASSEUR, Les nullités de l'instruction préparatoire, Recueil d'études à la mémoire de M. PATIN, Cujas, 1965, p. 471 et s., spéc. n°22 et 23, p. 496 à 499 ; J. et A.-M. LARGUIER, *op. cit.*, p. 109 et 131, qui dissocient dans leur étude les garanties de la liberté des garanties de la défense.

³⁰⁹⁹ V. B. DE MORDANT DE MASSIAC, L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle : le principe constitutionnel et son application par le juge judiciaire, La Cour de cassation et la Constitution de la République, P.U.A.M., 1995, p. 117 et s., spéc. p. 120.

602. Tandis qu'en droit interne la protection des libertés individuelles s'opère sous l'angle des droits de la défense³¹⁰⁰, le juge européen envisage directement les atteintes qui leur sont portées. Les actes contestés sont examinés au regard des libertés fondamentales prévues par la Convention. Les interceptions de conversations téléphoniques affectent le secret de la vie privée et des correspondances, garantis par l'article 8 de la Convention. Dans l'hypothèse où une telle mesure est contestée, le juge européen recherche s'il y a eu une ingérence injustifiée dans les droits du requérant. Il fonde son analyse sur cet article 8³¹⁰¹. Il ne raisonne pas sur l'article 6 de la Convention, relatif au droit à un procès équitable, pour déterminer s'il existe en l'espèce une violation des libertés fondamentales en cause³¹⁰². Une conception différente du grief semble donc nécessaire ou tout au moins souhaitable en procédure pénale. A côté du préjudice simple consistant en une atteinte à un droit procédural (procès équitable, droits de la défense, contradiction), subsiste un grief spécial qui entame un droit fondamental, plus précisément une liberté individuelle. Intrinsèque à l'acte coercitif, ce grief singulier possède un objet distinct. Sa différence de nature doit avoir des incidences sur le prononcé des nullités.

B – Les conséquences de la singularité du grief dans l'acte coercitif sur les nullités

603. L'article 802 du C.P.P. (et l'article 171 spécifique à l'instruction) s'applique aussi bien aux nullités textuelles, celles expressément prévues par la loi³¹⁰³, qu'aux nullités substantielles ou virtuelles, c'est-à-dire celles non prévues par la loi mais admises par la jurisprudence comme la sanction d'une grave irrégularité de procédure³¹⁰⁴. Cette classification semble cependant secondaire. La distinction qui prévaut en la matière oppose les nullités d'ordre privé aux nullités d'ordre public. Les premières sont établies dans l'intérêt des parties et s'appliquent aux formes intéressant les droits de la défense, comme les formalités relatives à l'avocat. Les secondes touchent à la compétence des

³¹⁰⁰ Dans le même sens, P. HENNION-JACQUET, *op. cit.*, p. 8 : « Accordés à l'homme en procès, les droits processuels assurent la sanction des atteintes injustifiées aux droits substantiels, dont fait partie le principe de la légalité criminelle ».

³¹⁰¹ V. CEDH, 6 sept. 1978, *Klass et autres / Allemagne*, préc. ; CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin et Huvig / France*, préc.

³¹⁰² Il en va de même pour les atteintes à la liberté individuelle ou à la liberté d'aller et venir puisque la Cour de Strasbourg raisonne à partir de l'article 5 de la Convention. On a fait remarquer que « le juge répressif devra (...) être un gardien vigilant des libertés et droits fondamentaux, un juge au raisonnement ouvert et diversifié afin de respecter les garanties contenues dans ces textes supranationaux et, tenir compte des conséquences procédurales liées à la protection des droits fondamentaux proclamés par ceux-ci, afin d'éviter une condamnation de la France par les instances européennes » : H. CONCHON, *op. cit.*, p. 111 et 112.

³¹⁰³ Par ex., art. 49, al. 2, 59, al. 2, 78-3, al. 11 ou 100-7, al. 4 du C.P.P. La loi du 24 août 1993 a abrogé la longue liste de nullités textuelles que la loi du 4 janvier 1993 venait de créer à l'article 171 du C.P.P. : V. Y. ROUSSEL, Le régime des nullités de la procédure pénale après les lois du 4 janvier 1993 et du 24 août 1993, *Gaz. pal.*, 1996, doct., p. 72 et s.

³¹⁰⁴ V. C. GOYET, A propos des nullités de l'instruction préparatoire : quelques remarques sur la distinction des nullités textuelles et des nullités substantielles, *Rev. sc. crim.*, 1976, p. 899 et s., not. n°3, p. 900 ; B. BOULOC, Observations sur les nullités en matière de procédure pénale, *Mélanges P. COUV RAT, P.U.F.*, 2001, p. 417 et s., not. p. 421. Pour d'autres définitions des nullités substantielles, P. CHAMBON, Les nullités substantielles ont-elles leur place dans l'instruction préparatoire ?, *op. cit.*, spéc. n°1, notant que selon GARRAUD, celles-ci « permettent de sanctionner, malgré le silence de la loi, l'omission "des formes qui sont indispensables pour que l'acte puisse remplir sa fonction" ».

juridictions et aux règles de l'organisation judiciaire et de l'administration de la justice³¹⁰⁵. Si l'article 802 du C.P.P. est applicable aux nullités d'ordre privé, il ne s'applique pas à celles d'ordre public³¹⁰⁶. Soustraites à la démonstration d'un grief, ces dernières ne sont pas précisément édictées par la loi ou la jurisprudence. La distinction entre ces deux sortes de nullités apparaît alors artificielle, incohérente, voire arbitraire³¹⁰⁷.

604. Certaines formalités procédurales encadrent l'acte coercitif. Cela semble logique dans la mesure où il génère un grief intrinsèque. Le préjudice est même considérable puisqu'il consiste en une atteinte aux libertés individuelles. En contrepartie, des garanties entourent cet acte. Les autorités publiques doivent donc respecter les prescriptions légales lorsqu'elles l'accomplissent. A défaut, elles anéantissent le formalisme protecteur institué en faveur du justiciable. Comment sanctionner, sous cet angle, une irrégularité procédurale affectant un acte coercitif ? La personne concernée doit-elle prouver qu'elle souffre un grief en application des articles 171 et 802 du C.P.P. ? Dans l'affirmative, pareille solution s'avérerait contestable. Procéder à un acte coercitif crée un déséquilibre très net entre les pouvoirs de ces autorités et les droits de cette personne³¹⁰⁸. Lui faire supporter la charge de la preuve du grief n'est en conséquence pas raisonnable.

605. Il ne faudrait pas croire que l'intéressé souffre un seul grief dans ce cas. Il subit déjà un préjudice inhérent à l'acte coercitif, l'atteinte à l'une de ses libertés individuelles. Mais, en outre, cet acte ne respecte pas les formes procédurales. Une irrégularité vient donc se greffer sur un grief spécial. Aussi il convient de présumer que celle-ci fait nécessairement grief à la personne concernée. Dans l'optique de préserver l'équilibre des droits des parties³¹⁰⁹, il paraît nécessaire d'instaurer une présomption d'atteinte à ses intérêts, génératrice de nullité. Tout manquement à l'une des formes de l'acte coercitif doit faire présumer un grief simple, sauf hypothèse particulière de l'erreur purement matérielle. L'annulation serait prononcée de manière automatique et l'article 802 du C.P.P. écarté³¹¹⁰. Elle constituerait une sanction efficace de la violation des formalités procédurales. Elle obligerait en

³¹⁰⁵ Sont d'ordre public les causes de nullité découlant de l'incompétence territoriale ou matérielle du juge d'instruction, de l'irrégularité du réquisitoire introductif, de l'absence de tout interrogatoire du mis en examen lors de l'information, de l'omission de prestation de serment de l'expert, etc.

³¹⁰⁶ V. entre autres, Cass. crim., 17 avril 1980, Bull. crim., n°109 ; Cass. crim., 14 oct. 2003, D., 2004, jurispr., p. 1265, note P. HENNION-JACQUET. Elle pose que « les dispositions (...) sont édictées dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et que leur méconnaissance est constitutive d'une nullité à laquelle les dispositions de l'article 802 dudit Code sont étrangères » ; Cass. crim., 1^{er} sept. 2005, Bull. crim., n°211 (*idem*). Sur ce point, G. DI MARINO, *op. cit.*, spéc. p. 447 à 460.

³¹⁰⁷ P. HENNION-JACQUET, note sous Cass. crim., 14 oct. 2003, D., 2004, jurispr., p. 1265, spéc. n°6, p. 1266 ; C. LARONDE-CLERAC, La pratique jurisprudentielle des nullités en procédure pénale, Dr. pénal, 2013, Etude n°9, not. n°4.

³¹⁰⁸ En ce sens, J. DANET, Brèves remarques sur la typologie et la mise en œuvre des nullités, A.J. pénal, 2005, dossier, p. 133 et s., spéc. p. 136.

³¹⁰⁹ Comme l'impose l'article préliminaire, I, du C.P.P.

³¹¹⁰ Ce texte demeure très critiqué par la doctrine, certains proposant même son abrogation : V. W. JEANDIDIER, note sous Cass. crim., 10 nov. 1977, D., 1978, jurispr., p. 621, spéc. p. 626 ; R. MERLE, A. VITU, Traité de droit criminel, Procédure pénale, *op. cit.*, n°583, écrivant justement : « Ne serait-il pas préférable de supprimer l'article 802, générateur d'inadmissibles incertitudes dans une matière où la protection des libertés individuelles ne souffre pas le flou » ?

plus les autorités publiques à veiller scrupuleusement à leur respect³¹¹¹. Il est pour le moins légitime qu'un acte attentatoire aux libertés individuelles ne soit pas vicié parce qu'entaché d'illégalité.

606. L'instauration d'une telle présomption présenterait plusieurs avantages. Elle permettrait, en premier lieu, d'élaborer une meilleure protection du justiciable. La jurisprudence retient en effet une conception étroite du grief. Elle l'apprécie *in concreto* et ne prononce l'annulation que si l'irrégularité a eu pour résultat effectif de nuire à une partie. Or la preuve du grief reste difficile à établir³¹¹². Il s'agit d'un rempart à l'annulation. Soumises à l'exigence de la preuve d'un grief, les nombreuses nullités textuelles inscrites dans le Code de procédure pénale qui encadrent plusieurs actes coercitifs³¹¹³ forment souvent une protection illusoire³¹¹⁴. Afin d'assortir les libertés individuelles de garanties effectives, il faut bannir cette exigence³¹¹⁵. Si l'irrégularité concerne un acte coercitif, elle se greffe sur un grief spécial. Que celle-ci soit grave ou non, elle doit faire présumer l'existence du grief et engendrer la nullité de l'acte. Un grief simple s'ajoute de la sorte au grief spécial.

607. En deuxième lieu, l'institution de cette présomption contribuerait au respect des formalités légales, sur lequel repose l'intérêt des nullités. Comment protéger les libertés individuelles si les autorités publiques sont autorisées à tourner la loi en ce sens que leurs manquements ne sont pas sanctionnés de nullité ? Avouons qu'à défaut de sanction, ces prescriptions risquent fort de ne pas être observées³¹¹⁶. L'intérêt de faire supporter la charge de la preuve du grief au justiciable se fait jour. Il s'agit de sauver les procédures de l'annulation, bref de sauvegarder une certaine efficacité. Si celui-ci n'arrive pas à prouver l'atteinte portée à ses intérêts, l'irrégularité procédurale demeure couverte. Eventuellement admissible pour des actes non coercitifs³¹¹⁷, ce système s'avère inadapté à des actes attentatoires aux libertés individuelles. La sécurité juridique doit être maximale à leur égard³¹¹⁸. L'intérêt de la personne concernée implique la mise en œuvre d'une présomption irréfragable de grief

³¹¹¹ On a fait remarquer, avec beaucoup de justesse, que « le droit français pêche par une insuffisance de textes et par leur clarté relative. Cette démission a pour but d'éviter l'annulation d'une procédure irrégulière ayant, néanmoins, permis de découvrir la vérité. **Mais elle prive les nullités de leur rôle préventif, l'absence d'automatisme de leur prononcé ne dissuade pas les acteurs du procès pénal de recourir à des modes probatoires illégaux ou déloyaux** » : P. HENNION-JACQUET, note préc. sous Cass. crim., 14 oct. 2003, spéc. n°4, p. 1266 (nous soulignons).

³¹¹² Tous les auteurs le soulignent : V. par ex., J.-P. BROUILLAUD, Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées, D., 1996, chron., p. 98 et s., not. n°14, p. 100 ; H. CONCHON, *op. cit.*, p. 67.

³¹¹³ Art. 59, al. 2 du C.P.P. (perquisitions et saisies), 78-3, al. 11 (vérifications d'identité) ou 100-7 du C.P.P. par exemple (écoutes téléphoniques sur la ligne d'un député ou d'un sénateur, d'un avocat ou d'un magistrat).

³¹¹⁴ Sauf s'il s'agit évidemment d'une nullité d'ordre public puisqu'il n'y a pas à démontrer un grief dans ce cas. Sur l'idée, V. J. DANET, *op. cit.*, p. 135.

³¹¹⁵ Le système de nullités pour grief est dénoncé de longue date. L'exigence d'un préjudice devrait être écartée en matière pénale, car les sanctions des nullités criminelles ne sauraient être exclusivement motivées par l'intérêt des parties. Telle est notamment la pensée de GARRAUD. Mais ce système demeure parfois défendu : V. J. PRADEL, L'instruction préparatoire, *op. cit.*, n°744, p. 769.

³¹¹⁶ Sur ce point, M. R. M. P., note sous Cass. crim., 3 mars, 24 nov. et 27 déc. 1960, D., 1961, jurisp., p. 169 ; G. LEVASSEUR, Les nullités de l'instruction préparatoire, *op. cit.*, n°43, p. 522 ; P. HENNION-JACQUET, Les nullités de l'enquête et de l'instruction (...), *op. cit.*, p. 11 et 12, faisant remarquer que ces prescriptions sont ainsi « reléguées au rang de simples recommandations, dont la sanction est abandonnée au pouvoir discrétionnaire des magistrats ».

³¹¹⁷ Comme un mandat de comparution, une audition de témoin, une expertise...

³¹¹⁸ Ce qui est loin d'être le cas puisque le législateur s'en remet au juge pour qualifier la nullité (d'ordre privé ou d'ordre public) et la soumettre ou non à la condition d'un grief.

en vue de sanctionner de manière efficace la moindre atteinte au formalisme ou aux droits de la défense³¹¹⁹.

608. En troisième lieu, présumer le grief pour tout acte coercitif permettrait d'introduire une plus grande cohérence en procédure pénale³¹²⁰. Il est piquant de constater que sur cette question précise, la Cour de cassation opère une discrimination injustifiée entre les actes coercitifs. Ceux-ci possèdent pourtant un critère commun : ils portent atteinte aux libertés individuelles. Cette différence de traitement entre des actes de même nature ne se justifie pas. Elle se révèle des plus contestables. Les décisions relatives à la garde à vue et celles afférentes aux perquisitions la font clairement ressortir. La chambre criminelle a appliqué la théorie du grief nécessaire ou intrinsèque en matière de garde à vue³¹²¹. Elle a abandonné sa fameuse jurisprudence selon laquelle les irrégularités affectant cette mesure n'étaient sanctionnées par la nullité que si elles avaient eu pour effet de vicier la recherche de la vérité³¹²². Son revirement dénote la volonté d'assurer une meilleure protection à la liberté individuelle, en particulier durant la phase policière de la procédure.

609. Dans cette optique, les règles énoncées par le Code de procédure pénale qui régissent cet acte coercitif doivent être respectées à la lettre. La Cour de cassation considère que la méconnaissance de certaines formalités substantielles porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée³¹²³. Ce système du grief nécessaire donne lieu à de multiples applications. Il a été retenu en cas de retard apporté à la notification de ses droits à l'individu placé en garde à vue³¹²⁴, d'information tardive de ce placement au procureur de la République ou au juge d'instruction³¹²⁵ ou bien du défaut

³¹¹⁹ En ce sens déjà : W. JEANDIDIER, Les cas de nullité de l'instruction préparatoire au regard des droits de l'homme : cinq ans de jurisprudence de la chambre criminelle (1983-1987), Arch. pol. crim., 1989, n°11, p. 71 et s., spéc. n°16, p. 87, signalant qu'une meilleure protection des droits de la défense résulterait « d'un formalisme implacable. La menace d'une nullité automatique – la violation de toute règle édictée dans l'intérêt de la défense présumerait irréfragablement une atteinte à celle-ci – conduirait assurément à une rigoureuse application de la loi ».

³¹²⁰ D'autres raisons plaident en faveur de l'instauration de cette présomption, mais elles apparaissent plus dérisoires. Ainsi celle-ci limiterait les cas où la Cour de cassation juge les faits et constitue un troisième degré de juridiction étant donné qu'elle apprécie le préjudice dans chaque espèce. Cette critique est fréquente. Par ex., J.-M. ROBERT, note sous Cass. crim., 18 mars 1976, D., 1976, jurisp., p. 548, spéc. p. 550.

³¹²¹ V. F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2021, notant qu'« en raison de la nature de certaines formalités, la recherche du grief causé par leur omission apparaît oiseuse, artificielle, voire absurde. Il est des irrégularités qui portent en toute hypothèse gravement atteinte à l'image d'une justice équitable et démocratique et qui, à ce titre, doivent être sanctionnées sans que l'on s'interroge à perte de vue sur leur incidence ».

³¹²² Cass. crim., 17 mars 1960, préc. ; Cass. crim., 11 juin 1985, Bull. crim., n°226 ; Cass. crim., 1^{er} oct. 1987, Bull. crim., n°308 ; Cass. crim., 22 avril 1992, Bull. crim., n°172. Cette jurisprudence était vivement critiquée : V. W. JEANDIDIER, *op. cit.*, n°13, p. 83 : « Il paraît inadmissible, au regard des libertés, que des règles strictes organisant la garde à vue puissent être ouvertement et impunément bafouées ».

³¹²³ Car « la liberté est un droit qui dépasse largement le cadre du procès et il paraît difficile d'en subordonner le respect à l'exigence du grief » : E. VERGES, *op. cit.*, n°442, p. 434. V. aussi, H. CONCHON, *op. cit.*, p. 68.

³¹²⁴ Sauf en cas de circonstance insurmontable, tel l'état d'ébriété de l'intéressé : Cass. crim., 4 janv. 1996, Bull. crim., n°5 ; Cass. crim., 30 avril 1996, Bull. crim., n°182 ; Cass. crim., 10 mai 2000, Bull. crim., n°182 ; Cass. crim., 24 juin 2009, Bull. crim., n°136 ; Cass. crim., 1^{er} oct. 2013, Inédit, n°12-86831. V. D. KARSENTY, L'article 63-1 du Code de procédure pénale dans la jurisprudence récente de la chambre criminelle, Dr. pénal, 2000, chron. n°21.

³¹²⁵ Cass. crim., 24 nov. 1998, Bull. crim., n°314 ; Cass. crim., 29 fév. 2000, Bull. crim., n°92 ; Cass. crim., 2 fév. 2005, Bull. crim., n°41. Le retard peut être justifié, là encore, par des circonstances insurmontables, mais aussi par des circonstances très particulières : V. Cass. crim., 26 mars 2014, Inédit, n°13-87764 (tentatives d'appels mais erreur de transcription du numéro et nécessité d'interpeller plusieurs suspects).

d'information des motifs de ce placement au magistrat compétent et de l'absence de leur mention dans le procès-verbal³¹²⁶, de la mise en garde à vue tardive d'une personne retenue sous la contrainte³¹²⁷ ou du dépassement de la durée maximale de la mesure³¹²⁸. Il s'applique dans d'autres situations, telles la prolongation de la garde à vue sans décision écrite et motivée justifiant l'absence de présentation préalable au magistrat³¹²⁹ ou de celle d'un mineur sans cette présentation préalable³¹³⁰ ou encore de l'absence d'enregistrement des interrogatoires des mineurs soumis à cette privation de liberté³¹³¹. L'ensemble des nullités relatives à cet acte coercitif s'harmonise autour d'un tel système.

610. Ces solutions contrastent avec celles dégagées en matière de perquisition et saisie. Dans un premier temps, la Cour de cassation n'a pas soumis les nullités affectant ces mesures à l'exigence de la preuve d'un grief. Elle a écarté toute référence à cette notion lorsque les opérations avaient été pratiquées au domicile du suspect ou de l'inculpé en l'absence de celui-ci³¹³². Puis, elle a procédé à un revirement de jurisprudence en faisant application de l'article 802 du C.P.P. aux formalités prévues par les articles 57 et 95 de ce Code³¹³³. L'article 57 – auquel l'article 95 renvoie – pose une garantie essentielle, celle de la présence de la personne au domicile de laquelle la perquisition a lieu. Ce n'est qu'en cas d'impossibilité que l'O.P.J. l'invite à désigner un représentant de son choix ou, à défaut, qu'il choisit lui-même deux témoins ne relevant pas de son autorité. Le législateur a voulu éviter que l'auteur de la perquisition, s'il était seul, ne soit tenté d'apporter sur les lieux des documents ou objets compromettants pour la défense³¹³⁴. La chambre criminelle a confirmé sa solution. Elle juge que la méconnaissance des prescriptions de l'article 57 du C.P.P. doit avoir eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de l'individu pour entraîner l'annulation des opérations³¹³⁵.

³¹²⁶ Cass. crim., 25 juin 2013, Bull. crim., n°154 ; Gaz. pal., 13-15 oct. 2013, n°286 à 288, p. 38, obs. F. FOURMENT, au visa des articles 62-2 et 63, al. 2 du C.P.P., dans leur rédaction issue de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011. « La garantie est dans la possibilité de contrôler l'exercice du contrôle » (F. FOURMENT, obs. préc.). Mais il ne peut être soutenu que le parquet n'a pas été informé des motifs du placement en garde à vue et de la qualification des faits dès lors que cette mesure a été, à l'issue de la retenue douanière dont le prévenu a initialement fait l'objet, notifiée en exécution des instructions de ce magistrat : Cass. crim., 13 nov. 2013, Bull. crim., n°225.

³¹²⁷ Cass. crim., 6 mai 2003, Bull. crim., n°93.

³¹²⁸ Cass. crim., 13 fév. 1996, Bull. crim., n°74 ; Cass. crim., 17 mars 2004, Dr. pénal, 2004, comm. n°96, note A. MARON. V. aussi, A. FOSSAERT-SABATIER, Le contrôle de la Cour de cassation en matière de garde à vue, Dr. pénal, 1997, chron. n°10 et 13, spéc. chron. n°10 *in fine*, où l'auteur souligne que « cette solution est juridiquement logique » car « tout dépassement constitue une rétention arbitraire portant nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée ».

³¹²⁹ Cass. crim., 9 mai 2001, Bull. crim., n°115.

³¹³⁰ Cass. crim., 13 oct. 1998, Bull. crim., n°259.

³¹³¹ Cass. crim., 3 avril 2007, Bull. crim., n°104 ; Cass. crim., 12 juin 2007, Bull. crim., n°155 (sauf obstacle insurmontable).

³¹³² Cass. crim., 27 sept. 1984, Bull. crim., n°275 ; Cass. crim., 23 fév. 1988, Bull. crim., n°91. La méconnaissance de l'article 57 du C.P.P. « porte nécessairement atteinte aux droits de la personne chez laquelle la perquisition a été pratiquée » ; Cass. crim., 7 déc. 1993, Bull. crim., n°372.

³¹³³ Cass. crim., 17 sept. 1996, Bull. crim., n°316 ; D., 1997, somm., p. 144, obs. J. PRADEL ; V. LESCLOUS, C. MARSAT, L'existence d'une nullité est-elle soumise à l'exigence d'un grief ?, Dr. pénal, 1997, chron. n°9. La Cour a estimé que la méconnaissance de ces formalités n'avait pas eu pour effet de porter atteinte aux intérêts du mis en examen.

³¹³⁴ V. T. RENOUX, obs. préc. sur C.C., 27 déc. 1990, n°90-281 DC, R.F.D.C., 1991, p. 118, spéc. p. 126.

³¹³⁵ Cass. crim., 15 juin 2000, Bull. crim., n°229 ; Cass. crim., 3 avril 2007, Bull. crim., n°102 ; Cass. crim., 25 juin 2013, Bull. crim., n°154, préc. Sur ce dernier arrêt, une ambiguïté subsiste néanmoins sur le régime de nullité applicable à la perquisition (F. FOURMENT, obs. sur Cass. crim., 25 juin 2013, Gaz. pal., 13-15 oct. 2013, n°286 à 288, p. 39) ; V. TELLIER-CAYROL, La perquisition sans la présence ou l'assentiment du domiciliaire : quel régime ?, *op. cit.*, not. p. 5 et 6.

611. Si les formalités relatives aux perquisitions et saisies restent sanctionnées d'une nullité à grief³¹³⁶, la situation semble différente en cas d'irrespect de l'interdiction des perquisitions nocturnes. L'article 59 du C.P.P. prévoit, à peine de nullité, que les perquisitions et visites domiciliaires ne peuvent être débutées avant 6 heures et après 21 heures³¹³⁷. Cette nullité s'apparente à une nullité d'ordre public. D'après la Cour de cassation, « l'assentiment de l'intéressé est sans effet sur cette prohibition »³¹³⁸. Le corollaire de cette règle voudrait que l'individu ne puisse renoncer à la nullité encourue en cas de violation des dispositions de ce texte. Or la renonciation à une nullité d'ordre public demeure impossible et si elle se produit, elle reste de toute manière inopérante. En l'absence de jurisprudence bien établie sur la question, certains auteurs partagent ce point de vue³¹³⁹. Cette analyse révèle la divergence des solutions retenues à l'égard des nullités de la perquisition. L'interdiction d'effectuer la mesure de nuit constitue une règle d'ordre public, elle ne peut être écartée au motif que l'intéressé n'aurait subi aucun grief. En même temps, les formalités relatives aux perquisitions et saisies, notamment celles de l'article 57 du C.P.P., sont soumises à l'exigence de la preuve d'un grief. L'application d'un régime distributif à cet acte coercitif semble injustifiée³¹⁴⁰. Au-delà, c'est la cohérence de l'ensemble de la jurisprudence qui apparaît sérieusement ébranlée en raison de la différence de traitement qu'elle réserve aux irrégularités atteignant la garde à vue d'une part, à celles affectant les perquisitions et saisies d'autre part³¹⁴¹.

612. Il s'avère nécessaire d'étendre à tous les actes coercitifs la présomption de grief posée en matière de garde à vue. En dehors de cette privation de liberté, la jurisprudence l'a jusqu'à présent utilisée avec parcimonie³¹⁴². Elle exige que la personne à l'encontre de laquelle l'acte coercitif est

³¹³⁶ Ce qui comprend l'inventaire des objets découverts au domicile du suspect et placés sous scellés : Cass. crim., 15 mai 1995, Dr. pénal, 1995, chron. n°60, obs. V. LESCLOUS, C. MARSAT ; Cass. crim., 30 mai 1997, Procédures, 1997, comm. n°275, note J. BUISSON. Rapp., Cass. crim., 20 sept. 2011, Bull. crim., n°182, à propos d'une erreur de comptage de produits mis sous scellés, mais n'affectant pas la validité des opérations exécutées conformément aux exigences légales ; Cass. crim., 27 sept. 2011, Bull. crim., n°186, préc. (absence de grief résultant de l'introduction des O.P.J. dans la cour d'un immeuble entre cinq heures cinquante et six heures du matin en l'absence de toute investigation dans ce lieu à ce moment là). Sur l'assentiment à une perquisition opérée en enquête préliminaire et la violation du formalisme indispensable (art. 76 du C.P.P.), V. TGI Paris, 24 janv. 1985, préc., où le tribunal fait application de l'article 802 du C.P.P.

³¹³⁷ Sauf réclamation faite de l'intérieur de la maison ou exceptions prévues par la loi. Ce texte est également applicable aux perquisitions diligentées dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une information par renvoi des articles 76, 95 et 96, al. 2 du C.P.P.

³¹³⁸ Cass. crim., 3 juin 1991, Inédit, n°90-81435.

³¹³⁹ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2335 : « (...) la nullité encourue, qui sanctionne la violation d'une règle de fond de valeur constitutionnelle essentielle à la préservation des droits du citoyen, est d'ordre public ».

³¹⁴⁰ Si une perquisition nocturne porte sans doute davantage atteinte à l'intimité de la vie privée de la personne, il n'en reste pas moins que cet acte effectué de jour, mais en son absence, attente aussi à son intimité. De plus, les modalités temporelles ou celles d'exécution d'une perquisition ne changent pas la nature profonde de celle-ci qui affecte, dans tous les cas, l'inviolabilité du domicile.

³¹⁴¹ La protection des libertés individuelles semble dès lors inégale, et ce, malgré les recommandations formulées par certains hauts magistrats : V. C. LE GUNHEC, Les libertés et la procédure, *op. cit.*, p. 74. Sur cette différence de traitement entre les deux actes, C. LARONDE-CLERAC, La pratique jurisprudentielle des nullités (...), *op. cit.*, n°9 et 10.

³¹⁴² V. Cass. crim., 4 déc. 2007, Bull. crim., n°297 (cassation d'une décision de prolongation de la détention provisoire : « l'absence de convocation de l'avocat au débat contradictoire ayant empêché celui-ci d'assister le demandeur, portait nécessairement atteinte aux intérêts de celui-ci »). Pour prononcer la nullité, il a pourtant été exigé, dans un arrêt antérieur, que la méconnaissance de ce délai de convocation ait entraîné une atteinte aux droits de la défense : Cass. crim., 30 sept. 1997, Procédures, 1998, comm. n°50, note J. BUISSON. Comme l'a évoqué le commentateur de cet arrêt, la chambre criminelle « paraît distinguer entre la méconnaissance d'une disposition légale régissant les droits de la défense qui a

accompli, prouve qu'elle a souffert un grief découlant de l'irrégularité. Ainsi le mis en examen, dont les conversations téléphoniques ont été enregistrées et transcrites, peut contester la régularité des interceptions et enregistrements, même si l'interception est réalisée sur une ligne dont il n'est pas titulaire. L'irrespect de certaines formalités substantielles ne doit toutefois entraîner la nullité qu'au cas où elle porte atteinte aux intérêts de la personne concernée³¹⁴³. En matière de sonorisation, la violation des formalités substantielles énoncées à l'article 706-95, alinéa 3, du C.P.P. n'est constitutive de nullité que si l'irrégularité constatée « a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie concernée »³¹⁴⁴.

613. Contrairement à la position libérale qu'elle retient à propos du mandat d'arrêt européen³¹⁴⁵, la Cour de cassation adopte aussi une position restrictive à propos des mandats de justice. Elle a décidé que les irrégularités affectant un mandat d'amener, notamment l'omission des formalités prévues par l'article 127 du C.P.P., ne sont pas susceptibles d'entraîner par elles-mêmes la nullité de la procédure, à partir du moment où la recherche et l'établissement de la vérité ne s'en sont pas trouvés viciés fondamentalement ni la défense mise dans l'impossibilité d'exercer ses droits devant la juridiction d'instruction³¹⁴⁶. Un mandat de dépôt ne peut encore être annulé qu'en cas de méconnaissance d'une formalité substantielle ayant porté atteinte aux intérêts de la personne mise en examen³¹⁴⁷. Par ailleurs, l'irrégularité d'un contrôle d'identité est sanctionnée d'une nullité substantielle tandis que les règles de l'article 78-3 du C.P.P., relatif aux vérifications d'identité, sont prescrites à peine de nullité³¹⁴⁸. Dans les deux hypothèses, la nullité semble toutefois d'intérêt privé, de sorte que la distinction apparaît accessoire³¹⁴⁹. Dans un arrêt rendu le 11 juin 1997, la cour d'appel de Grenoble a précisé que la régularité d'un contrôle d'identité est « une exception personnelle à la partie qui a la charge de la

empêché la mise en œuvre des droits de la défense et la mauvaise application d'une telle disposition qui en a laissé l'exercice possible. Dans le premier cas, elle tend à considérer que cette méconnaissance entraîne une atteinte nécessaire aux droits de la défense, alors que dans le second, elle exige la démonstration d'une atteinte aux intérêts des parties ».

³¹⁴³ En revanche, l'inobservation des conditions relatives à la compétence exclusive du juge d'instruction, à la nature de l'infraction et aux principes généraux du droit entraîne nécessairement la nullité des interceptions et des actes qui en découlent.

³¹⁴⁴ Cass. crim., 26 juin 2007, Bull. crim., n°172, préc.

³¹⁴⁵ V. Cass. crim., 3 nov. 2011, Bull. crim., n°227, jugeant que « l'inobservation de la formalité substantielle prescrite par l'article 695-20, alinéa 2, du Code de procédure pénale porte atteinte aux intérêts de la personne concernée ». La chambre criminelle n'affirme pas que l'inobservation en cause porte « nécessairement atteinte » aux intérêts de la personne, mais son attendu apparaît général. Elle ne fait pas référence à l'espèce. Cette interprétation vient d'être confirmée : Cass. crim., 6 nov. 2013, Bull. crim., n°219, prononçant la cassation au visa des articles 695-18 et 695-20 du C.P.P. et énonçant que « l'omission de cette formalité substantielle porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée, dès lors qu'elle n'a pas expressément renoncé à la règle de la spécialité ».

³¹⁴⁶ Cass. crim., 8 nov. 1988, Bull. crim., n°383.

³¹⁴⁷ Cass. crim., 3 juin 2003, Bull. crim., n°112. Ce qui n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'une simple erreur matérielle. La même solution s'applique d'ailleurs au procès-verbal qui concerne le débat contradictoire nécessaire à la prolongation de la détention provisoire : Cass. crim., 22 juin 2004, Bull. crim., n°163. Dans l'hypothèse de l'incompétence du juge ou du procureur, il y a toutefois nullité du mandat sans avoir à soutenir l'existence d'un éventuel grief.

³¹⁴⁸ A cet égard, V. C. COLOMB, Nullité des contrôles d'identité, A.J. pénal, 2005, p. 139 et s.

³¹⁴⁹ Sauf, bien sûr, en cas d'incompétence de l'auteur de l'acte.

soulever en démontrant alors le grief porté à ses intérêts »³¹⁵⁰. La personne concernée supporte donc le fardeau de la preuve du grief³¹⁵¹.

614. Voilà la technique dont use la Cour de cassation pour limiter, à sa guise, les annulations de procédure³¹⁵². Elle recourt au concept d'atteinte aux intérêts d'une partie³¹⁵³. Ce système doit changer. Le temps est venu d'appliquer la théorie du grief intrinsèque à tout acte coercitif dès lors qu'il se trouve affecté par une irrégularité. Comme en matière de garde à vue, il convient d'admettre qu'un grief est nécessairement causé à la personne dans ce cas, sauf circonstances insurmontables ou erreur purement matérielle. L'intéressé serait dispensé d'établir le manquement commis si celui-ci concerne un acte attentatoire aux libertés individuelles³¹⁵⁴. La violation d'une norme procédurale le régissant entraînerait *ipso facto* sa nullité. Justifiée par la nature du préjudice produit *ab initio* par l'acte coercitif, cette évolution apparaît, au fond, indispensable si l'on se rappelle que « la forme est la sœur jumelle de la liberté »³¹⁵⁵. Cela reviendrait presque à attribuer un caractère d'ordre public aux dispositions afférentes aux actes coercitifs. Il n'existe pas, en effet, de véritable différence entre la méconnaissance d'une disposition d'ordre public et une irrégularité faisant nécessairement grief³¹⁵⁶. Les libertés du justiciable jouiraient en tout cas d'une protection accrue *de lege ferenda*.

615. Afin de saisir le critère de l'acte coercitif, partant sa définition conceptuelle, la notion de grief s'est révélée fondamentale. Se démarquant nettement de celui occasionné d'ordinaire en procédure pénale et consistant en la violation d'une norme procédurale ou une atteinte aux droits de la défense, ce grief présente une teneur particulière. Intrinsèque à cet acte, il s'avère direct en ce sens que les autorités publiques effectuent les actes coercitifs sans obtenir l'accord des personnes concernées, et même, contre leur gré. Il s'agit d'une exécution d'office. Ce grief revêt un autre aspect. Il est

³¹⁵⁰ CA Grenoble, 11 juin 1997, Dr. pénal, 1998, comm. n°27, note A. MARON. Ce commentateur note : « Pour autant, la régularité d'un contrôle d'identité est-elle seulement d'intérêt privé ? Pour notre part, nous ne le pensons pas : entrave certes mineure à la liberté d'aller et venir, le contrôle d'identité n'en constitue pas moins une telle entrave. La régularité des contrôles d'identité nous paraît, en règle générale, toucher à l'ordre public ».

³¹⁵¹ V. aussi, Cass. crim., 20 mars 1995, Inédit, n°94-80251.

³¹⁵² Par tradition historique, la chambre criminelle a toujours présenté une certaine frilosité à l'égard des nullités. Pendant longtemps, elle n'a pas apporté une protection satisfaisante à la liberté individuelle, comme en a témoigné la jurisprudence relative à la garde à vue. Sur cette protection à géométrie variable : G. LEVASSEUR, Les nullités de l'instruction préparatoire, *op. cit.*, n°22, p. 496 et 497 et les arrêts cités.

³¹⁵³ V. par ex., Cass. crim., 25 juill. 2007, Bull. crim., n°187 ; A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 484, obs. G. ROYER ; Rev. sc. crim., 2008, p. 933, obs. R. FINIELZ (publicité en matière de détention provisoire pour les majeurs) ; Cass. crim., 14 janv. 2003, Bull. crim., n°6, d'où il ressort que les dispositions de l'article 105 du C.P.P. sont soumises à la règle « pas de nullité sans grief ».

³¹⁵⁴ V. A. FOSSAERT-SABATIER, Le contrôle de la Cour de cassation en matière de garde à vue, chron. n°10, préc., notant pour la garde à vue, que la chambre criminelle « indique (...) que si l'irrégularité touche une règle de fond, protectrice d'un droit fondamental, le grief est présumé ou, si l'on préfère, intrinsèque à la violation. L'intéressé n'a donc pas à l'établir ».

³¹⁵⁵ R. VON JHERING, L'esprit du droit romain, t. 3, Maresq, 3^{ème} éd., 1887, Paris, O. DE MEULENAERE (trad.), p. 164.

³¹⁵⁶ V. F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2022 : « La jurisprudence relative à la sanction des irrégularités commises pendant la garde à vue revient en réalité à considérer les prescriptions en la matière comme étant d'ordre public » ; J. DANET, *op. cit.*, p. 135 et 136. *Adde*, H. CONCHON, *op. cit.*, p. 130 et 131, p. 140 et 141.

considérable, puisqu'il consiste en une atteinte à certaines libertés individuelles. A titre essentiel, l'atteinte intéresse la sûreté ou liberté individuelle, la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile, le droit au respect de la vie privée et le droit de propriété. Compte tenu de la gravité du préjudice subi par la personne, aucune violation des exigences légales ne doit être tolérée, hormis l'hypothèse de l'erreur purement matérielle. L'irrespect des conditions de fond ou de forme de l'acte coercitif devrait entraîner sa nullité quasi-automatique. Compris de la sorte, le grief se situe au cœur de la définition conceptuelle de l'acte coercitif, laquelle semble adéquate.

CONCLUSION DU TITRE II

616. Sans doute l'approche fonctionnelle de l'acte coercitif a été riche d'enseignements. Elle a montré que cet acte préserve l'efficacité de la procédure pénale face au trouble causé à l'ordre public par l'infraction. Quel système de justice pénale pourrait dès lors s'en passer ? Justifié par la nécessité, tout acte coercitif paraît poursuivre un tel but. Toutefois, d'autres types de décisions non nécessairement coercitives, ou même des principes d'organisation judiciaire, le poursuivent également. Il n'est donc pas l'apanage de cet acte. Investis de finalités intermédiaires différentes, les actes coercitifs présentent aussi une fonction probatoire, provisoire ou conservatoire et parfois sanctionnatrice.

617. La conjugaison de ces éléments a mis en évidence les limites de la définition fonctionnelle de cet acte et la nécessité de livrer sa définition conceptuelle, la seule adaptée. La notion de grief, prise dans une acception singulière au vu des études classiques qui lui sont consacrées en procédure pénale, s'est révélée déterminante à ce sujet. Elle a fourni le critère adéquat à l'acte coercitif en permettant de le différencier de l'acte non coercitif. En présence d'un acte accompli par les enquêteurs ou les magistrats, il est possible de savoir s'il revêt un caractère coercitif ou non. Pour déterminer s'il appartient à cette catégorie, il suffit d'étudier son grief. Celui-ci doit être intrinsèque, direct et posséder une nature spécifique : il entame certaines libertés individuelles. Au fond, retenir une approche conceptuelle vient renforcer l'idée, souvent avancée en doctrine, selon laquelle les notions fonctionnelles sont peu satisfaisantes à l'esprit, en clair moins satisfaisantes que les notions conceptuelles.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

618. Traduction du réel, l'acte coercitif comprend des actes de nature hétérogène. Il faut le définir pour au moins deux raisons. Non seulement l'élaboration d'une notion se résume toujours à un problème de définition³¹⁵⁷, mais de surcroît le juriste s'avère être « l'homme des définitions »³¹⁵⁸. A ce titre, les définitions données par les juristes restent libres³¹⁵⁹. Emanant de leurs choix, elles présentent en logique une part d'arbitraire³¹⁶⁰. A ces observations générales, s'ajoute l'idée de l'indétermination permanente des définitions en droit. De ce point de vue, « aucune définition juridique ne peut être traitée comme une entité achevée, comme un concept fermé sur lui-même et se suffisant à lui-même »³¹⁶¹. C'est dans cette optique que l'on se propose de définir ainsi la notion d'acte coercitif. Accompli à titre probatoire, provisoire ou conservatoire, voire sanctionnateur en réaction efficace au trouble à l'ordre public, cet acte s'analyse comme un acte de police judiciaire, d'instruction ou de juridiction, générateur d'un grief direct et spécifique, qui consiste en une atteinte grave à certaines libertés individuelles. Tenant compte des traits caractéristiques de la notion, pareille définition ressemble peu ou prou à la définition terminologique exposée au début de l'étude³¹⁶². Elle décrit ses éléments constitutifs et permet de qualifier les faits afin de leur appliquer la règle de droit idoine.

619. Avoir dégagé et défini la notion d'acte coercitif en procédure pénale apparaît indispensable eu égard au manque d'intérêt dont elle a fait l'objet jusqu'à présent. Des études récentes et fort instructives ont été menées sur le concept très proche de contrainte³¹⁶³. Celui d'acte coercitif est toutefois resté dans l'ombre. Conjugée à l'importance primordiale des définitions juridiques, l'absence d'éléments précis sur le sens d'un tel acte a exigé de le définir. « En fixant les identités possibles, les concepts juridiques déterminent en même temps les différences concevables pour l'application de régimes juridiques distincts »³¹⁶⁴. Se pose dès lors la question de savoir quel est le régime applicable à l'acte coercitif. Cette notion bénéficie-t-elle d'un régime autonome et, dans

³¹⁵⁷ V. R. LATOURNERIE, Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public (...), *op. cit.*, p. 95.

³¹⁵⁸ H. BATIFFOL, La responsabilité de la doctrine dans la création du droit, *op. cit.*, p. 180.

³¹⁵⁹ Sur la liberté des définitions : G. VEDEL, Les bases constitutionnelles du droit administratif, *op. cit.*, n°15, p. 28 et n°19, p. 31, ajoutant d'ailleurs que les définitions « ne sont utilisables qu'à la condition de répondre à la réalité des faits » ; R. LATOURNERIE, *op. cit.*, p. 96.

³¹⁶⁰ Sur ce point, F. COLONNA D'ISTRIA, Le mythe des « définitions dans la loi ». Exemples de droit des obligations, Mélanges J.-L. BERGEL, Le droit entre autonomie et ouverture, Bruylant, 2013, p. 61 et s., spéc. n°8, p. 72.

³¹⁶¹ C. ATIAS, Définir les définitions juridiques ou définir le droit ?, *op. cit.*, n°11 et 12, p. 1094.

³¹⁶² Cela ne saurait surprendre, au fond, puisque « la différence entre définition réelle et définition terminologique n'est pas de nature mais de degré. Aucune frontière étanche ne sépare la réalité, fût-elle intellectuelle, d'un concept, et le mot qui le désigne dans le langage. Il n'y a de rapport au réel ou aux idées que dans et par la langue : dès lors, définir, c'est toujours énoncer le sens d'un mot » : F. COLONNA D'ISTRIA, *op. cit.*, n°7, p. 69.

³¹⁶³ V. not., J. BUISSON, La contrainte, *op. cit.*, p. 915 et s. ; C. COPAIN, L'encadrement de la contrainte probatoire en procédure pénale française, Thèse, Lyon III, 2011, préc.

³¹⁶⁴ F. ROUVIERE, Le revers du principe. « Différence de nature (égale) différence de régime », Mélanges J.-L. BERGEL, Le droit entre autonomie et ouverture, Bruylant, 2013, p. 415 et s., spéc. p. 448.

l'affirmative, quels en sont les principaux aspects ? L'interrogation suscite un intérêt majeur pour la recherche juridique, dans la mesure où « c'est le régime qui met sur le chemin de la nature. Le chemin entre nature et régime peut bien être parcouru dans les deux sens : pour l'application du droit, c'est la nature qui conduit au régime mais pour la construction du droit c'est le régime qui conduit à la nature. Le revers du principe (« différence de nature (égale) différence de régime ») permet alors de mettre en lumière l'influence déterminante du régime juridique sur la nature d'une notion ou d'une institution »³¹⁶⁵. Bref, il convient de s'attacher au régime de l'acte coercitif.

³¹⁶⁵ F. ROUVIERE, *op. cit.*, n°8, p. 427, qui étudie ensuite « l'influence du régime sur la détermination de la nature » (n°9 et s., p. 428 et s.), puis qui pose la règle selon laquelle « identité de régime (égale) identité de nature » (n°13 et s., p. 436 et s.).

SECONDE PARTIE : LE REGIME DE L'ACTE COERCITIF

620. La recherche d'un critère commun à l'ensemble des actes coercitifs adoptés en procédure pénale s'est révélée fructueuse. Soutenir qu'ils causent un grief de nature particulière consistant en une atteinte aux libertés individuelles, permet d'écarter les contestations relatives à l'existence de la notion, laquelle forme une catégorie juridique. Il s'agit même d'une notion autonome puisqu'elle possède une définition propre. Cette autonomie n'est pas sans incidences sur son régime juridique. Elle implique que l'acte coercitif obéit à un régime spécifique. Du point de vue de la catégorie cette fois, elle implique que les actes coercitifs obéissent à un régime commun. Est-il nécessaire de rappeler que « le droit a besoin de reconnaître à des signes extérieurs les catégories qu'il utilise et donc de définir ces catégories pour les soumettre à un régime déterminé »³¹⁶⁶ ?

621. Si l'acte coercitif s'analyse comme un acte grave dans la mesure où il affecte les droits substantiels du justiciable, il doit en logique bénéficier d'un régime idoine. Il faut lui réserver un traitement spécial afin d'assurer la meilleure protection possible aux personnes concernées. Au regard des actes non coercitifs, celui-ci doit présenter certaines qualités supplémentaires. Des garanties effectives demeurent indispensables pour contrôler son exécution. L'octroi de droits procéduraux au justiciable participe de ce dessein. En somme, le régime de l'acte coercitif se veut protecteur. Il s'applique à tous les actes de cette catégorie. Leurs différences de nature et de fonction restent secondaires. Leur critère – la spécificité de leur grief – commande de les soumettre à un grand régime commun. Malgré leurs dissemblances, ces actes conservent un socle général qui procure des garanties à l'intéressé.

622. Etant donné que la connaissance du régime applicable à un acte suppose de le qualifier³¹⁶⁷, l'intérêt de la qualification d'acte coercitif transparait. Il suffit de l'attribuer à un acte et de le rattacher à cette catégorie pour lui faire profiter de ce régime protecteur³¹⁶⁸. La jurisprudence exerce un contrôle assez rigoureux en la matière. Elle refuse parfois de faire entrer certaines mesures au sein de celle-ci³¹⁶⁹. La qualification des actes effectués en procédure pénale constitue sous cet angle une opération fondamentale sous cet angle. Son enjeu peut être davantage mesuré. Reconnaître à un acte la nature

³¹⁶⁶ J.-L. BERGEL, Différence de nature (...), *op. cit.*, n°3, p. 257.

³¹⁶⁷ V. J.-L. BERGEL, *op. cit.*, n°3, p. 258, qui poursuit ainsi : « c'est-à-dire de "juridiciser le fait" pour le revêtir de ses différentes qualités juridiques auxquelles s'attachent ses effets de droit ».

³¹⁶⁸ En effet, « dans le rapport entre la nature juridique et le régime juridique d'une notion ou d'une catégorie, c'est la nature qui est l'élément premier et le régime juridique, l'élément déduit. Ce n'est pas le régime d'un concept qui en détermine la nature » comme l'écrit J.-L. BERGEL, *op. cit.*, n°10, p. 263 ; V. aussi, J.-L. BERGEL, Théorie générale (...), *op. cit.*, n°169 et s., 180 et 191 et s.

³¹⁶⁹ V. par ex., Cass. crim., 12 fév. 2008, préc., pour « des non-perquisitions » selon l'expression du professeur AMBROISE-CASTEROT ; Cass. crim., 26 fév. 2014, Bull. crim., n°61 ; J.C.P., 2014, 340 ; A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 372, obs. (approbatives) L. BELFANTI ; D., 2014, pan., p. 1741, obs. J. PRADEL.

coercitive doit avoir pour conséquence de lui appliquer un régime adéquat, strictement réglementé et encadré, en un mot de qualité. Toutefois, tel n'est pas toujours le cas.

623. Des lacunes subsistent s'agissant du régime juridique de l'acte coercitif. Une vigilance accrue s'impose car elles méritent d'être dénoncées avec fermeté. Sans doute ces « zones d'ombre » tendent à disparaître sous la pression des exigences constitutionnelles et conventionnelles. Le renouvellement des normes en droit français a beaucoup contribué à cette évolution³¹⁷⁰. La Cour européenne des droits de l'homme admet que les autorités publiques entament les libertés individuelles pour convaincre les auteurs d'infractions. Elle n'accepte pas, en revanche, que les actes coercitifs soient dépourvus de garanties.

624. Depuis plusieurs années, la justice pénale procède à des atteintes de plus en plus graves aux droits substantiels des suspects³¹⁷¹. Elle ne saurait néanmoins s'accommoder de mesures contraignantes peu ou prou encadrées. Notion conforme à la réalité juridique, l'acte coercitif jouit d'un régime propre. Celui-ci invite précisément à examiner les garanties procédurales et les mécanismes institués dans un souci de préservation des libertés. Il faudra vérifier s'il leur assure une sauvegarde suffisante et efficace. Mais son régime soulève d'autres questions très diverses. Il en est ainsi de la durée de cet acte, des variations de son intensité en fonction du cadre juridique de la procédure ou selon les personnes concernées, des voies de recours ouvertes à son encontre...

625. Bien qu'hétérogènes, toutes ces questions appellent à être développées. A cette fin, suivre un raisonnement chronologique paraît approprié. L'étude peut s'appuyer sur deux temps distincts. Chacun d'eux renvoie à un moment différent de l'existence de l'acte coercitif. Une telle démarche a l'avantage d'offrir une vision complète de son régime juridique. Il s'agit de s'intéresser d'abord à l'exécution de cet acte (**TITRE I**). Puis, il faudra s'interroger sur le sort qui lui est réservé après l'avoir accompli. Le justiciable dispose d'un droit de critique à l'égard de celui-ci ou de son exécution. L'examen de la contestation de l'acte coercitif (**TITRE II**) permettra d'en évoquer les différentes modalités. Ce n'est qu'à l'issue de ces deux volets que le régime applicable à cet acte pourra être dégagé et, partant, appréhendé de manière satisfaisante.

³¹⁷⁰ Sur la question, V. F. DEBOVE, *Le renouvellement des normes répressives françaises par le droit européen*, Thèse, Paris II, 2 tomes, 1995. V. aussi, E. RUBI-CAVAGNA, *La politique législative de rapprochement des procédures pénales au sein de l'Union européenne*, in *Politique(s) criminelle(s)*, Mélanges C. LAZERGES, Dalloz, 2014, p. 283 et s.

³¹⁷¹ Il suffit de songer aux apports de la loi du 9 mars 2004 relative à la criminalité organisée : allongement de certains délais de garde à vue, extension du champ d'application des perquisitions de nuit et des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, légalisation de la sonorisation...

TITRE I : L'EXECUTION DE L'ACTE COERCITIF

626. Véritable menace pour les droits fondamentaux substantiels, l'exécution d'un acte coercitif doit, en toute hypothèse, s'opérer avec une grande circonspection. Il semble naturel de l'encadrer au maximum. L'instauration de garanties effectives permet de corriger quelque peu le déséquilibre créé entre les intérêts antagonistes³¹⁷². Contrepartie du grief généré par l'acte coercitif, la protection procédurale des libertés acquiert une importance particulière. Elle s'effectue au moyen des droits de procédure qui, « étroitement liés à la garantie des droits fondamentaux », constituent « la manière dont on peut assurer l'effectivité des droits substantiels »³¹⁷³. L'acte coercitif fait ainsi l'objet d'une surveillance. Il doit répondre à certaines exigences.

627. Loin d'être statique, son exécution se révèle au contraire dynamique. Elle ne saurait être qualifiée d'uniforme puisqu'elle connaît de nombreuses variations. Elle évolue en fonction de plusieurs critères et revêt des modalités différentes. Cette situation n'est guère surprenante et trouve des explications diverses. Même s'il se rencontre surtout dans les enquêtes de police et durant l'information, l'acte coercitif existe dans tous les cadres procéduraux. En outre, il revêt des formes différentes puisqu'il s'analyse comme un acte de police judiciaire, un acte d'instruction ou bien un acte de juridiction³¹⁷⁴. Sa fonction varie également. Souvent accompli à des fins probatoires, il l'est d'autres fois dans un but provisoire ou conservatoire et, exceptionnellement, sanctionnateur. Il ne faudrait mésestimer ces distinctions. Elles emportent certaines variations et, de ce point de vue, expliquent pourquoi tous les actes coercitifs ne suivent pas un régime strictement identique.

628. Ainsi la catégorie d'acte coercitif comprend des mesures dont le régime juridique présente des dissemblances marquées. Mais ces variations inéluctables ne sont de nature à remettre en cause ni l'existence d'un régime juridique commun à l'ensemble de ces actes ni son aspect protecteur. Toutes les spécificités peuvent s'inscrire dans ce grand régime propre à l'acte coercitif. Celui-ci les absorbe. Si importantes soient-elles, pareilles variations obéissent aux grandes règles qui gouvernent l'exécution de cet acte. Elles ne sont pas un obstacle à l'application de son régime général. Certains principes viennent effacer en partie les aspérités et atténuer les différences de régime. Les constantes

³¹⁷² Ceux de la société et ceux de la personne qui subit l'acte coercitif, suspect ou mis en cause pour l'essentiel.

³¹⁷³ S. GUINCHARD, Menaces sur la justice des droits de l'homme et les droits fondamentaux de procédure, Etudes J. NORMAND, Litec, 2003, p. 209 et s., spéc. p. 210.

³¹⁷⁴ Il convient de rappeler, avec le professeur BERGEL, que « les concepts et les catégories dont relèvent les situations, les actes (...) s'intègrent aussi, généralement, dans une *hiérarchie de catégories* juridiques diverses qui sont respectivement des sous-catégories les unes des autres et qui se superposent, en allant du général au particulier par spécifications successives, chacune constituant une sous-catégorie de la catégorie immédiatement supérieure » : J.-L. BERGEL, *Méthodologie (...), op. cit.*, p. 123 (il souligne).

de l'acte coercitif, ses exigences intangibles (CHAPITRE 1), font donc preuve d'une supériorité indéniable sur ses variantes, ses déclinaisons irréductibles (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1 : LES CONSTANTES : LES EXIGENCES INTANGIBLES DE L'ACTE COERCITIF

629. Par essence, l'acte coercitif apparaît comme un acte spécial. Il se révèle empreint de gravité. Ce qui le distingue des actes non coercitifs, c'est son trait fondamental, la nature spécifique de son grief. Il affecte la sûreté personnelle, l'intimité de la vie privée, le droit de propriété, bref les principales libertés individuelles. Il semble logique qu'en contrepartie, il réponde à de sérieuses exigences. Afin d'éviter les atteintes arbitraires aux libertés ou, tout au moins, de les limiter de façon considérable, il convient de l'entourer de véritables garanties. Ainsi les autorités publiques ne sauraient effectuer des actes coercitifs non prévus par la loi. Le principe de la légalité, applicable à la procédure pénale en vertu de l'article 34 de la Constitution, s'y oppose³¹⁷⁵. Elles ne doivent pas davantage les accomplir de manière inconsidérée, mais uniquement s'ils sont nécessaires et proportionnés. Ces actes doivent encore faire l'objet d'un contrôle effectif de la part de l'autorité judiciaire, préserver les droits de la défense, etc.

630. Ces exigences non exhaustives visent à contenir l'usage de la coercition et à éradiquer les recours abusifs à celle-ci. Elles puisent leur source dans les prescriptions constitutionnelles, conventionnelles et légales. Leur fonction essentielle, conjuguée à leur éminente valeur juridique, commande de les appliquer à l'acte coercitif. Le soumettre à de telles exigences permet de lui imposer certaines qualités. Véritable socle commun composé de garanties propres à l'acte coercitif, cette qualité de l'acte coercitif constitue un moyen de compenser le grief provoqué. De telles exigences demeurent fondamentales ; mieux, elles sont intangibles. Les autorités publiques ne sauraient les méconnaître. Leur irrespect devrait être sanctionné par la nullité de la procédure. Mais loin d'être absolue en procédure pénale, cette intangibilité apparaît relative dans bien des cas.

631. Or il s'avère primordial que l'acte coercitif obéisse à ces exigences, compte tenu de leur rôle et de leur valeur au sein de la hiérarchie des normes. Signe de la spécificité de son régime juridique, celles-ci se révèlent assez variées. Toutes ne possèdent pas un champ d'application identique ni la même intensité. Il reste possible de les classer en deux catégories distinctes. Les unes s'appliquent de

³¹⁷⁵ Pourtant, ces autorités ont souvent procédé à des actes coercitifs *ex nihilo*, comme il va l'être précisé.

manière universelle : elles sont communes à tous les actes coercitifs. D'autres présentent au contraire un aspect sporadique. Elles ne s'appliquent qu'à certains d'entre eux ou disposent d'une force variable en fonction de ceux-ci. Plus spécifiques, elles conservent néanmoins un point commun avec les premières : elles sont intangibles. Dès lors l'intangibilité intéresse tant les exigences générales de l'acte coercitif (**Section I**) que ses exigences spéciales (**Section II**).

Section I – L'intangibilité des exigences générales de l'acte coercitif

632. Applicables à tous les actes coercitifs, les exigences générales n'abondent pas. Il en existe certes quelques unes de plus qui feront l'objet de développements subséquents³¹⁷⁶. Il suffit de songer à l'obligation de préserver la dignité de la personne assujettie à l'acte coercitif. Mais celles-ci apparaissent peu nombreuses. Ces exigences apportent en tout cas des garanties essentielles. Elles forment une sorte de devise de l'acte coercitif dont le respect absolu s'impose. Il en résulte que celui-ci doit être légal et loyal (§1), nécessaire et proportionné (§2) et faire l'objet d'un contrôle effectif de la part de l'autorité judiciaire (§3).

§1 – Légalité et loyauté de l'acte coercitif

633. Ces deux exigences renferment des aspects dissemblables. Chacune d'elles possède donc une signification propre. Pour saisir leur sens exact, il convient de les dissocier et de les examiner tour à tour. L'étude de la légalité de l'acte coercitif (A) doit, dans cette optique, précéder celle de sa loyauté (B).

A – La légalité de l'acte coercitif

634. Selon les termes de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, la procédure pénale est régie par le principe de légalité. L'acte coercitif obéit par conséquent à ce principe. Il faut non seulement qu'il procède de la loi, mais aussi qu'il soit strictement réglementé. Cette exigence repose sur un fondement solide. De façon paradoxale, elle fait pourtant l'objet de violations répétées. La force de son fondement (1°) contraste ainsi avec la faiblesse de son respect (2°).

³¹⁷⁶ La démonstration impose de traiter les autres exigences générales dans le second chapitre de ce titre premier.

1°- La force du fondement de l'exigence

635. Le droit européen impose d'abord que l'acte coercitif soit prévu par la loi³¹⁷⁷. Mais il entend le mot « loi » d'une façon singulière. Il en adopte une conception matérielle et non formelle, celle-ci comprenant à la fois le droit écrit et le droit non écrit³¹⁷⁸. Ce terme correspond alors au Droit objectif de l'Etat en cause, tel qu'il est interprété par les autorités compétentes dans l'ordre interne³¹⁷⁹. Il englobe l'ensemble du droit en vigueur, en somme, qu'il s'agisse de lois *stricto sensu*, de règlements ou de la jurisprudence³¹⁸⁰. D'après la Cour européenne des droits de l'homme, un acte coercitif peut donc être prévu par des décisions de justice. Il reste que celui-ci ne doit pas simplement disposer d'une base légale pour se voir décerner un brevet de conventionnalité. La loi qui le prévoit doit en plus revêtir une certaine qualité.

636. Le juge européen l'a rappelé sans ambages dans les affaires *Kruslin et Huvig / France* du 24 avril 1990³¹⁸¹. Selon lui, « les mots “prévue par la loi”, au sens de l'article 8 §2, veulent d'abord que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais ils ont trait aussi à la qualité de la loi en cause : ils exigent l'accessibilité de celle-ci à la personne concernée, qui de surcroît doit pouvoir en prévoir les conséquences pour elle, et sa compatibilité avec la prééminence du droit »³¹⁸². Les conditions qualitatives de la loi ressortent clairement. Il faut qu'elle soit accessible, précise et prévisible³¹⁸³. La prééminence du droit commande pareils principes³¹⁸⁴. Comme il l'a été souligné, elle implique « le droit au droit » et tend à satisfaire la sécurité juridique des individus³¹⁸⁵. Liée à la clarté de la loi³¹⁸⁶,

³¹⁷⁷ V. en ce sens, B. REPIK, Réflexions sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant la présomption d'innocence, *Liber amicorum* M.-A. EISSEN, Bruylant-L.G.D.J., 1995, p. 331 et s., spéc. p. 342.

³¹⁷⁸ CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times / Royaume-Uni*, n°6538/74, §47 ; CEDH, 2 août 1984, *Malone / Royaume-Uni*, préc., §66 ; CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin / France*, n°11801/85, §29.

³¹⁷⁹ J.-C. SOYER, La loi nationale et la Convention européenne des droits de l'homme, Ecrits en hommage à J. FOYER, Jean FOYER auteur et législateur. *Leges tulit, jura docuit*, P.U.F., 1997, p. 125 et s., spéc. n°9, p. 129.

³¹⁸⁰ V. F. SUDRE, Le principe de la légalité et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, R.P.D.P., 2001, p. 335 et s., spéc. p. 345.

³¹⁸¹ CEDH, *Kruslin*, préc., spéc. §27 ; CEDH, *Huvig*, n°11105/84, spéc. §26.

³¹⁸² La Cour européenne reprend, de façon plus ramassée, les principes posés dans l'affaire *Sunday Times*, préc., §49. V. aussi, l'affaire *Malone*, préc., §66 et 67. A ce sujet : S. MOUROU-VIKSTRÖM, La difficile conciliation entre surveillance secrète (...), *op. cit.*, n°10, p. 309 à 311 et n°20, p. 318 à 320.

³¹⁸³ La doctrine évoque souvent ces qualités : J.-C. SOYER, *op. cit.*, n°7, p. 127 et n°10, p. 129 ; M. DELMAS-MARTY, La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les principes fondamentaux du droit pénal proclamés par la Déclaration de 1789, in *La Déclaration et la jurisprudence*, P.U.F., 1989, p. 151 et s., spéc. p. 159.

³¹⁸⁴ V. à cet égard, CEDH, 27 mars 1996, *Goodwin / Royaume-Uni*, n°17488/90, not. §31 ; V. aussi, CEDH, 25 juin 1996, *Amuur / France*, n°19776/92, §50, énonçant que « pareille qualité implique qu'une loi nationale autorisant une privation de liberté (...) soit suffisamment accessible et précise afin d'éviter tout danger d'arbitraire ».

³¹⁸⁵ F. SUDRE, Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ?, *Liber amicorum* M.-A. EISSEN, Bruylant-L.G.D.J., 1995, p. 381 et s., n°12, p. 388 ; G. COHEN-JONATHAN, Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme, Mélanges L.-E. PETTITI, Bruylant, 1998, p. 165 et s., spéc. p. 194. *Adde*, R. KOERING-JOULIN, Pour un retour à une interprétation stricte... du principe de la légalité criminelle (à propos de l'article 7, 1° de la Convention européenne des droits de l'homme), *Liber amicorum* M.-A. EISSEN, Bruylant-L.G.D.J., 1995, p. 247 et s., not. n°4, p. 252.

³¹⁸⁶ Sur ce lien : P. WACHSMANN, Sur la clarté de la loi, Mélanges P. AMSELEK, Bruylant, 2005, p. 809 et s., spéc. p. 810 et 811.

l'exigence de prévisibilité prend une acception particulière en procédure pénale³¹⁸⁷. Elle signifie notamment qu'en l'absence de « loi » (au sens matériel), les autorités publiques ne sauraient effectuer des actes coercitifs à l'encontre des justiciables. Ces actes doivent être prévus dans une source de droit. Il s'agit d'une garantie considérable prohibant le recours à la coercition *ex nihilo*.

637. Même si selon la conception française la loi se définit uniquement comme l'acte adopté par le Parlement³¹⁸⁸, le juge constitutionnel a dégagé des exigences très proches dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois. Il soumet la production législative à des « labels-qualités »³¹⁸⁹. Il vérifie si les lois adoptées sont claires, précises et normatives. Il contrôle, en résumé, la qualité des textes déférés et exerce sa censure en cas d'irrespect de l'un de ces principes³¹⁹⁰. Le Conseil a aussi érigé l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi au rang d'objectif de valeur constitutionnelle³¹⁹¹. Apparus dans une décision de 1982³¹⁹², ces objectifs s'avèrent nombreux et divers³¹⁹³. Ils ont été analysés comme « un procédé juridique posant en termes d'exigence de rang constitutionnel une éthique sociale limitative des libertés individuelles sous le contrôle directif du Conseil constitutionnel »³¹⁹⁴. Fondés sur les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, les principes d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, associés à celui de sa clarté en vertu de l'article 34 de la Constitution, obligent le législateur à adopter des dispositions « suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire »³¹⁹⁵.

³¹⁸⁷ Pour une étude complète de cette condition : F. SUDRE, *op. cit.*, p. 349 à 356.

³¹⁸⁸ T.-S. RENOUX, Le principe de la légalité en droit constitutionnel positif français, Petites affiches, 11 mars 1992, n°31, p. 18 et s., spéc. p. 24.

³¹⁸⁹ Selon l'expression du professeur CHAMPEIL-DESPLATS, in Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative, Mélanges M. TROPER, L'architecture du droit, Economica, 2006, p. 267 et s., spéc. p. 272.

³¹⁹⁰ Pour une censure motivée par l'absence de normativité de la loi : C.C., 21 avril 2005, n°2005-512 DC, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, Rec., p. 72, cons. 16 et 17.

³¹⁹¹ C.C., 16 déc. 1999, n°99-421 DC, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, Rec., p. 136, cons. 13 ; R.T.D.civ., 2000, p. 186, obs. N. MOLFESSIS ; M.-A. FRISON-ROCHE, W. BARANES, Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi, D., 2000, chron., p. 361 et s.

³¹⁹² C.C., 27 juill. 1982, n°82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle*, J.O. du 27 juill. 1982, p. 2422, cons. 5.

³¹⁹³ Il s'agit par exemple de la sauvegarde de l'ordre public (C.C., 28 juill. 1989, n°89-261 DC, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, Rec., p. 81, cons. 12 ; C.C., 18 janv. 1995, n°94-352 DC, préc., cons. 2 et 16), de la recherche des auteurs d'infractions (C.C., 16 juin 1999, n°99-411 DC, préc., cons. 2 ; C.C., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, préc., cons. 4), du pluralisme (C.C., 1^{er} juill. 2004, n°2004-497 DC, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, Rec., p. 107, cons. 23 ; C.C., 3 mars 2009, n°2009-577 DC, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*, Rec., p. 64, cons. 3), de la lutte contre la fraude fiscale (C.C., 29 déc. 1999, n°99-424 DC, *Loi de finances pour 2000*, Rec., p. 156, cons. 52) ou de la bonne administration de la justice (C.C., 28 déc. 2006, n°2006-545 DC, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, Rec., p. 138, cons. 24). V. J. ROBERT, La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français. Bilan et réformes, R.D.P., 1990, p. 1255 et s., spéc. p. 1262.

³¹⁹⁴ B. FAURE, Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ?, R.F.D.C., 1995, p. 47 et s., spéc. p. 77. Les objectifs constitutionnels ont également été définis comme « ce qui fonde téléologiquement l'action législative. Ils sont fondamentalement ce qui la justifie, au-delà du respect des frontières de compétence tels que les articles 34 et suivants de la Constitution les posent » (M.-A. FRISON-ROCHE, W. BARANES, *op. cit.*, n°9, p. 362). D'aucuns ont cependant souligné que cette catégorie juridique n'existe pas : il y a simplement une pratique contentieuse (A. LEVADE, L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable, Mélanges P. PACTET, L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Dalloz, 2003, p. 687 et s.).

³¹⁹⁵ C.C., 21 avril 2005, n°2005-512 DC, préc., cons. 9 ; *Adde*, C.C., 27 juill. 2006, n°2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec., p. 88, cons. 9.

Ils consacrent ainsi le principe de sécurité juridique³¹⁹⁶. Fréquemment invoqués devant le juge constitutionnel³¹⁹⁷, ils l'amènent à censurer les dispositions d'une complexité excessive³¹⁹⁸.

638. Ces différentes exigences possèdent un lien évident. Dans quelle mesure une loi confuse ou incomplète, pire inintelligible³¹⁹⁹, assurerait-elle au citoyen la prévisibilité chère à la Cour européenne des droits de l'homme³²⁰⁰ ? Elles apparaissent indispensables en procédure pénale, gouvernée par le principe de légalité. Celui-ci permet de préserver les libertés individuelles de l'arbitraire, comme en atteste l'article 7 de la Déclaration de 1789 en vertu duquel « nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites »³²⁰¹. Le législateur est donc tenu de respecter les principes évoqués, en particulier lorsqu'il prévoit des actes coercitifs. C'est parce qu'il les a méconnus que le Conseil constitutionnel a refusé de valider la loi sur la fouille des véhicules dans sa fameuse décision de 1977. Cette loi était trop imprécise. Ne prévoyant pas de garanties suffisantes pour l'accomplissement d'une telle mesure, elle créait un risque d'arbitraire policier³²⁰². De même, les exigences constitutionnelles et européennes convergent lorsque l'acte coercitif consiste en une privation de liberté. Il demeure impératif qu'il soit le fait de la loi³²⁰³. Celle-ci doit prévoir, de façon précise, les cas dans lesquels il peut être attenté à la sûreté personnelle des individus³²⁰⁴. En veillant à la qualité des lois qui réglementent les actes coercitifs, le juge

³¹⁹⁶ En ce sens, N. MOLFESSIS, obs. sur C.C., 16 déc. 1999, R.T.D.civ., 2000, spéc. p. 188.

³¹⁹⁷ Pour la clarté de la loi, V. par ex., C.C., 10 juin 1998, n°98-401 DC, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, J.O. du 14 juin 1998, p. 9033, cons. 7 et 10 ; C.C., 13 janv. 2000, n°99-423 DC, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, J.O. du 20 janv. 2000, p. 992, cons. 17 et 19. Pour l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi, V. C.C., 19 nov. 2009, n°2009-592 DC, *Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie*, J.O. du 25 nov. 2009, p. 20223, cons. 4 à 7 ; C.C., Q.P.C., 6 avril 2012, n°2012-230, *M. Pierre G.*, J.O. du 7 avril 2012, p. 6415, cons. 6, précisant que la méconnaissance de cet objectif de valeur constitutionnelle ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité.

³¹⁹⁸ V. C.C., 29 déc. 2005, n°2005-530 DC, *Loi de finances pour 2006*, Rec., p. 168, cons. 78, 84 à 86 et 89 ; P. DUBOIS, L'intelligibilité de la loi, Mélanges P. JESTAZ, *Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 135 et s., spéc. p. 139.

³¹⁹⁹ C'est-à-dire incompréhensible. Au contraire, une loi devra être considérée comme intelligible « lorsqu'une personne ordinaire qui en prend connaissance comprend les droits et les libertés que la loi concrétise à son profit ou à son encontre, et mesure également les moyens d'effectivité de ceux-ci, notamment le mode contentieux de leur protection » : M.-A. FRISON-ROCHE, W. BARANES, *op. cit.*, n°21 et 23, p. 364.

³²⁰⁰ Sur ces liens, A. GIUDICELLI, Le principe de la légalité en droit pénal français. Aspects légistiques et jurisprudentiels, *Rev. sc. crim.*, 2007, p. 509 et s., spéc. n°23, p. 521 ; N. MOLFESSIS, obs. préc., p. 189 et 190 ; M.-A. FRISON-ROCHE, W. BARANES, *op. cit.*, n°31, p. 365. Selon P. WACHSMANN, *op. cit.*, p. 811 et 812, « fondamentalement, les exigences de clarté et d'intelligibilité se rejoignent, de sorte qu'il est permis de s'interroger sur la rigueur qui préside à l'élaboration et à l'utilisation des concepts par le Conseil constitutionnel ». V. enfin, P. MUZNY, Quelques considérations en faveur d'une meilleure prévisibilité de la loi, *D.*, 2006, chron., p. 2214 et s.

³²⁰¹ V. T.-S. RENOUX, *op. cit.*, p. 19 ; M. DELMAS-MARTY, La jurisprudence du Conseil (...), *op. cit.*, p. 152 et 153.

³²⁰² C.C., 12 janv. 1977, n°76-75 DC, préc. Cependant, le juge pénal s'est largement détaché de la conception du Conseil constitutionnel dans l'arrêt *Trignol* : V. Cass. crim., 8 nov. 1979, Bull. crim., n°311. Cet arrêt a reconnu « la légalité des fouilles de véhicules en dehors des garanties prévues par le Code de procédure pénale pour le domicile alors que le Conseil dans sa décision 76-75 DC du 12 janvier 1977 avait considéré le véhicule comme un lieu privé méritant protection » (B. DE MORDANT DE MASSIAC, L'autorité judiciaire gardienne (...), *op. cit.*, p. 121).

³²⁰³ Dans sa décision du 2 mars 2004, n°2004-492 DC, préc., le Conseil constitutionnel a fait référence de manière explicite à l'article 7 de la Déclaration de 1789 (cons. 3).

³²⁰⁴ V. A. PENA, Sûreté personnelle (...), *op. cit.*, p. 696.

constitutionnel assure une première protection aux libertés individuelles en dépit de critiques émises à son égard³²⁰⁵.

639. Il est enfin piquant de constater que l'article préliminaire du Code de procédure pénale, ajouté par la loi du 15 juin 2000, n'a pas pris soin d'énoncer que les mesures de contrainte doivent être prévues par la loi. Dans le III de ce texte, le législateur s'est contenté de rappeler leur stricte nécessité et proportionnalité, le contrôle effectif dont elles font l'objet par l'autorité judiciaire ainsi que l'interdiction de porter atteinte à la dignité de la personne concernée. Sans doute a-t-il estimé cette précision superflue, l'article 34 de la Constitution posant le principe de la légalité de la procédure pénale. Cette exigence aurait pourtant mérité d'être inscrite dans la loi, compte tenu de son importance pour le respect des libertés individuelles. Elle aurait pu éviter des abus en pratique. La Cour de cassation consacre déjà des actes innomés non coercitifs³²⁰⁶. Elle les juge licite à condition qu'il y soit procédé conformément à la loi, comme le prescrit l'article 81 du C.P.P. à propos des actes du juge d'instruction³²⁰⁷. Au regard de la règle constitutionnelle précitée, cette jurisprudence apparaît discutable. Elle devient condamnable lorsqu'elle consacre des actes coercitifs non prévus par la loi. La plupart du temps, ceux-ci ne sont pas soumis à un régime bien défini. Leur grief spécifique impose pourtant de les réglementer de manière précise. Il faut alors considérer que les actes coercitifs non expressément autorisés par la loi demeurent interdits en procédure pénale. En réalité, c'est loin d'être toujours le cas.

2°- La faiblesse du respect de l'exigence

640. Le fondement de la légalité de l'acte coercitif présente beaucoup de vigueur. Or, celui-ci s'affranchit de manière récurrente de ce principe. Ces errements, assez fréquents, n'en demeurent pas moins inadmissibles et méritent d'être dénoncés. Ils soulignent le caractère relatif de l'intangibilité de cette exigence. Certaines de ses violations appartiennent au passé car elles ont été rectifiées (a), tandis que d'autres persistent encore (b).

³²⁰⁵ D. LOCHAK, Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ?, Pouvoirs, 1986, n°13, p. 35 et s., spéc. p. 41 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative ?, in Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de D. LOCHAK, Droit et société, Recherches et travaux, n°14, L.G.D.J., 2007, p. 251 et s., spéc. p. 253 et 254.

³²⁰⁶ V. Cass. crim., 26 fév. 2003, Dr. pénal, 2003, comm. n°92, note A. MARON, à propos d'une reconstitution ; Cass. crim., 29 janv. 2003, Dr. pénal, 2003, comm. n°53, note A. MARON et M. HAAS, au sujet d'une expertise psychocriminologique. La Cour ne condamne pas, en son principe, le recours au profilage ; Cass. crim., 25 juin 2014, n°13-87493, E.C.P.B. ; D., 2014, p. 1453 ; J.C.P., 2014, 784 ; Procédures, 2014, comm. n°251, note A.-S. CHAVENT-LECLERE : validité de l'expertise ADN destinée à révéler les caractères morphologiques apparents de l'auteur inconnu d'un viol et à faciliter ainsi son identification sur le fondement de l'article 81 du C.P.P.

³²⁰⁷ « Le juge d'instruction procède, **conformément à la loi**, à tous les actes d'information (...)».

a) Les violations rectifiées de l'exigence

641. S'il est indéniable que l'acte coercitif doit être prévu par la loi, le principe a été malmené au cours des trente dernières années. Il a souffert de nombreuses dérogations. Plusieurs d'entre-elles peuvent retenir l'attention, bien qu'elles ne correspondent plus au droit positif. Il s'agit, en premier lieu, des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications réalisées par le juge d'instruction. La Cour de cassation a admis leur validité en l'absence de texte spécifique les prévoyant dans le Code de procédure pénale. Elle s'est fondée sur l'article 81 de ce Code en l'amputant d'une partie essentielle³²⁰⁸. De sérieuses réserves sur la légalité de ces écoutes ont été formulées³²⁰⁹, mais la chambre criminelle a maintenu sa solution³²¹⁰. Au fil de ses décisions, elle les a entourées de garanties supplémentaires, refusant notamment que celles-ci soient pratiquées au stade des enquêtes de police (préliminaire ou sur infraction flagrante)³²¹¹. A en croire certains hauts magistrats, le système français des écoutes téléphoniques répondait en tous points aux exigences conventionnelles³²¹².

642. Ce n'est pas ce qu'a estimé la Cour européenne des droits de l'homme. Dans les arrêts *Kruslin et Huvig / France* du 24 avril 1990 précités³²¹³, elle a stigmatisé ce système. Elle l'a jugé très insuffisant, après avoir rappelé que « les écoutes et autres formes d'interception des entretiens téléphoniques représentent une atteinte grave au respect de la vie privée et de la correspondance » et qu'elles doivent donc « se fonder sur une "loi" d'une précision particulière »³²¹⁴. Prenant acte de cette condamnation³²¹⁵, la jurisprudence a encadré encore davantage l'exécution de cet acte coercitif³²¹⁶,

³²⁰⁸ Cass. crim., 9 oct. 1980, Bull. crim., n°255 ; J.C.P., 1981, II, 19578, note G. DI MARINO, faisant disparaître, de manière saisissante, l'expression « conformément à la loi », mentionnée à l'article 81 du C.P.P.

³²⁰⁹ V. G. DI MARINO, note sous Cass. crim., 9 oct. 1980, J.C.P., 1981, II, 19578 ; P. CHAMBON, De la légalité des écoutes téléphoniques, concernant un inculpé, ordonnées par le juge d'instruction, J.C.P., 1981, I, 3029.

³²¹⁰ Elle a ajouté l'article 151 à l'article 81 du C.P.P. et a fait appel « aux principes généraux de la procédure pénale » pour justifier sa solution : V. Cass. crim., 23 juill. 1985, Bull. crim., n°275 ; Cass. crim., 4 nov. 1987, Inédit, n°87-84874.

³²¹¹ Cass. crim., 13 juin 1989, Bull. crim., n°254 ; Cass. Ass. plén., 24 nov. 1989, Bull. crim., n°440 ; Rapport de la Cour de cassation, 1989, La documentation française, 1990, p. 166 et 364, précisant en outre que la notion d'écoutes téléphoniques ne se limite pas aux tables d'écoutes. Elle englobe aussi l'hypothèse où les services de police procèdent, à l'insu de l'intéressé, à l'écoute et à l'enregistrement de ses propos sur la ligne téléphonique qui lui est attribuée.

³²¹² E. ROBERT, De la définition et de la légalité des écoutes téléphoniques au cours d'une enquête préliminaire (concl. sur Cass. Ass. plén., 24 nov. 1989), Rapport de la Cour de cassation, 1989, préc., p. 143 et s., spéc. p. 151 et 152.

³²¹³ Cette condamnation était en réalité peu surprenante compte tenu des nombreuses exigences posées par le juge européen dans les arrêts *Klass et autres / Allemagne* du 6 sept. 1978, n°5029/71, not. §50 à 60 et *Malone / Royaume-Uni* de 1984, préc., not. §67 et 79, ayant abouti à la condamnation du Royaume-Uni.

³²¹⁴ Arrêts *Kruslin*, préc., §33 et 35 et *Huvig*, préc., §32. Le juge européen relève un manque de sécurité juridique et conclut à la violation de l'article 8 de la Convention, « le droit français, écrit et non écrit, n'indiquant pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré » (§36).

³²¹⁵ Qui a également concerné les écoutes administratives : V. P. KAYSER, La conformité à la Convention européenne des droits de l'homme et à la Constitution de la France des écoutes téléphoniques administratives, D., 1991, chron., p. 17 et s.

³²¹⁶ V. Cass. crim., 15 mai 1990, Bull. crim., n°193 ; Cass. crim., 11 juill. 1990, Inédit, n°90-83104 ; Cass. crim., 17 juill. 1990, Bull. crim., n°286 ; CA Rennes, 27 nov. 1990, D., 1991, jurisp., p. 318, note J. PRADEL ; Cass. crim., 15 avril 1991, Bull. crim., n°179. Les conditions nouvelles intéressent la nature des infractions permettant le recours aux écoutes, la durée des interceptions, les personnes pouvant y être soumises ou l'enregistrement et la transcription des écoutes. Sur ce point, V. J. DUMONT, Interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, Jcl. proc. pén., art. 100 à 100-7, fasc. 20, n°10 à 14.

alors qu'une loi apparaissait indispensable pour le réglementer³²¹⁷. Promulguée le 10 juillet 1991, la loi tant attendue a réécrit l'article 100 du C.P.P. et inséré les articles 100-1 à 100-7 dans le Code³²¹⁸. La France a certes été condamnée par la Cour européenne deux ans plus tard, mais à propos d'une écoute « sauvage », antérieure à l'adoption de la loi et, au demeurant, étrangère à son objet³²¹⁹. En fin de compte, celle-ci a reçu un brevet de conventionnalité dans l'affaire *Lambert*³²²⁰, au moment où la Suisse se faisait condamner pour son système d'écoutes téléphoniques³²²¹.

643. En deuxième lieu, la sonorisation et la captation d'images ont soulevé les mêmes difficultés juridiques que les interceptions téléphoniques avant l'intervention législative de 1991. Le droit français ne contient, à l'origine, aucune disposition procédurale spécifique régissant ces actes coercitifs. Sont-ils dès lors prévus par la loi, ainsi que l'exige l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et au sens où la Cour entend cette expression³²²² ? La chambre criminelle a répondu de manière positive à cette interrogation en ce qui concerne la sonorisation du véhicule administratif de policiers³²²³, celle d'un domicile³²²⁴ ou celle d'un parloir d'une maison d'arrêt³²²⁵. Pour fonder sa solution, elle a repris le même raisonnement que celui suivi en matière d'écoutes téléphoniques ayant conduit à s'attirer les foudres de la Cour européenne dans les affaires *Kruslin* et *Huvig*³²²⁶. Bien que cantonné au cadre de l'information et soumis au principe de loyauté des preuves³²²⁷, le procédé ne saurait être regardé comme légal au sens européen³²²⁸. Les juges de

³²¹⁷ En ce sens aussi, R. KOERING-JOULIN, De l'art de faire l'économie d'une loi (à propos de l'arrêt *Kruslin* et de ses suites), D., 1990, chron., p. 187 et s., spéc. p. 189 ; R. KOERING-JOULIN, Pour un retour (...), *op. cit.*, n°4, p. 252 et 253 et n°5, p. 254.

³²¹⁸ Cette loi régit toutes les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, les écoutes téléphoniques judiciaires, mais également les écoutes administratives, préventives : V. S. JACOPIN, La réception par les lois (...), *op. cit.*, spéc. n°7. Sur cette loi : P. KAYSER, La loi n°91-646 (...), *op. cit.* ; J. PRADEL, Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, D., 1992, chron., p. 49 et s. En outre, l'article 727-1 du C.P.P. prévoit la possibilité d'écouter les communications téléphoniques des détenus aux fins de prévenir les évasions ou d'assurer la sécurité et le bon ordre des établissements pénitentiaires ou des établissements de santé) à l'exception de celles échangées avec l'avocat. A ce sujet, M. HERZOG-EVANS, La loi relative à la prévention (...), *op. cit.*, p. 2177 et 2178.

³²¹⁹ CEDH, 23 nov. 1993, *A / France*, n°14838/89, not. §36, 38 et 39.

³²²⁰ CEDH, 24 août 1998, *Lambert / France*, n°88/1997/872/1084, préc., §26 à 28. Pour un rappel récent des exigences en matière d'écoutes : CEDH, 8 avril 2014, *Blaj / Roumanie*, n°36259/04, §124 et s. (brevet de conventionnalité délivré aux articles 91 et suivants du C.P.P. roumain).

³²²¹ CEDH, 25 mars 1998, *Kopp / Suisse*, n°13/1997/797/1000, not. §72 à 75 (violation de l'article 8 de la Convention, car « le droit suisse, écrit et non écrit, n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré »).

³²²² V. CEDH, 12 mai 2000, *Khan / Royaume-Uni*, n°35394/97, not. §27 et 28, où la Cour ne condamne pas la sonorisation en elle-même. Elle condamne en revanche le Royaume-Uni parce que l'ingérence n'était pas prévue par la loi au sens de l'article 8 §2. V. aussi, CEDH, 5 nov. 2002, *Allan / Royaume-Uni*, n°48539/99, spéc. §36.

³²²³ Cass. crim., 23 nov. 1999, Bull. crim., n°269 ; Dr. pénal, 2000, comm. n°82 (1^{er} arrêt), note A. MARON ; Procédures, 2000, comm. n°106, note J. BUISSON.

³²²⁴ Cass. crim., 15 fév. 2000, Bull. crim., n°68 ; Dr. pénal, 2000, comm. n°82 (2^{ème} arrêt), note A. MARON ; Procédures, 2000, comm. n°131, note J. BUISSON.

³²²⁵ Cass. crim., 12 déc. 2000, Bull. crim., n°369 ; Dr. pénal, 2001, comm. n°38, note A. MARON ; Procédures, 2001, comm. n°70, note J. BUISSON.

³²²⁶ La chambre criminelle s'est encore fondée sur les articles 81, 151 et 152 du C.P.P. Il est frappant de voir à quel point la motivation de ses décisions ressemble à celle de l'arrêt *Tournet* (Cass. crim., 9 oct. 1980, préc.) et à ceux qui ont suivis : V. not., Cass. crim., 23 nov. 1999, préc., où l'expression « conformément à la loi » a encore une fois disparu de l'attendu, alors qu'elle s'avère fondamentale ici.

³²²⁷ G. ACCOMANDO, C. GUERY, La sonorisation : un mode (...), *op. cit.*, p. 2002 et 2003.

Strasbourg ont sanctionné la France. Dans les arrêts *Vetter* et *Wisse* rendus en 2005³²²⁹, ils ont considéré que la « loi » ne possédait pas une qualité suffisante pour accomplir de tels actes coercitifs.

644. La loi du 9 mars 2004 a légalisé les sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules. Elle les a introduites aux articles 706-96 et suivants du Code de procédure pénale³²³⁰. Ces dispositions concernent les seules infractions relevant de la criminalité organisée prévues à l'article 706-73 du C.P.P. Leur adoption était inéluctable. Il fallait assurer la légalité de ces actes coercitifs et éviter une nouvelle condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme³²³¹. La Cour de cassation les a jugés conformes aux exigences conventionnelles. Selon elle, la sonorisation d'un parloir est désormais prévue par une loi de qualité³²³². La chambre criminelle connaît pourtant un nombre croissant d'affaires liées à la surveillance et à la captation et fixation d'images, dans la mesure où les justiciables contestent de plus en plus l'immixtion des autorités publiques dans leur vie privée au moyen des procédés techniques. Elle refuse d'annuler l'enregistrement vidéo réalisé à l'insu des personnes par un O.P.J. en enquête préliminaire, pourvu que cet enregistrement soit effectué dans un lieu accessible au public³²³³. Elle sanctionne en revanche de nullité l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et du domicile dès lors que les techniques de surveillance captent des images d'un lieu privé – inaccessible depuis la voie publique – lorsque cette mesure ne dispose d'aucun fondement légal en droit interne³²³⁴.

645. En troisième lieu, ce ne sont pas seulement les actes attentatoires à l'intimité de la vie privée qui ont méconnu l'exigence de légalité. Pendant longtemps, un acte coercitif différent s'est distingué par l'entorse faite à celle-ci. Il s'agit du défèrement à l'issue de la garde à vue devant le procureur de

³²²⁸ En ce sens également : J. BUISSON, note sous Cass. crim., 23 nov. 1999, Procédures, 2000, comm. n°106, pour qui « la liberté que cette disposition légale (art. 81 du C.P.P.) laisse au juge ne peut s'attacher qu'à l'opportunité d'accomplir les actes prévus par la loi » ; E. VERNY, Des sonorisations (...), *op. cit.*, p. 778.

³²²⁹ CEDH, 31 mai 2005, *Vetter / France*, n°59842/00, not. §23 à 27 ; D., 2005, jurisp., p. 2575, note P. HENNION-JACQUET ; CEDH, 20 déc. 2005, *Wisse / France*, n°71611/01, not. §33 et 34 ; D., 2006, jurisp., p. 764, note D. ROETS ; A.J. pénal, 2006, p. 128, note J.-P. CERE ; Procédures, 2006, comm. n°141, note J. BUISSON (enregistrements de conversations tenues dans les parloirs des prisons). Sur ce point, S. MOUROU-VIKSTRÖM, *op. cit.*, n°25 et s., p. 323 et s.

³²³⁰ Sur ces procédés, E. VERNY, *op. cit.*, not. p. 781 et s. ; E. VERNY, Des surveillances (...), *op. cit.*, p. 1143 à 1145.

³²³¹ La loi a ainsi « régi l'administration de la preuve en aménageant à cette fin plusieurs actes que peuvent exécuter les agents publics habilités parce que, leur action en ce domaine impliquant la mise en œuvre de la contrainte étatique, il convient de protéger les personnes qui peuvent en être l'objet. Le législateur a donc organisé les actes coercitifs, (...), destinés à permettre cette administration de la preuve » : J. BUISSON, note sous CEDH, 20 déc. 2005, *Wisse / France*, Procédures, 2006, comm. n°141.

³²³² Cass. crim., 1^{er} mars 2006, Procédures, 2006, comm. n°142, note J. BUISSON.

³²³³ Cass. crim., 15 fév. 2006, Dr. pénal, 2006, comm. n°116, note A. MARON. V. aussi, Cass. crim., 12 mars 2008, Dr. pénal, 2008, comm. n°75, note A. MARON et M. HAAS, où la prise de clichés photographiques par des policiers de deux box de parking servant à entreposer du matériel volé est validée.

³²³⁴ C'est le cas dès que les policiers agissent dans le cadre d'une enquête préliminaire : V. Cass. crim., 21 mars 2007, préc. ; Bull. crim., n°89 ; D., 2007, act. jurisp., p. 1204, obs. A. DARSONVILLE et D., 2007, chron., p. 1817, obs. D. CARON ; Procédures, 2007, comm. n°201, note J. BUISSON ; Dr. pénal, 2007, comm. n°91, note A. MARON ; R.P.D.P., 2009, p. 195, obs. J. BUISSON ; Cass. crim., 27 mai 2009, préc., Bull. crim., n°108 ; D., 2009, act. jurisp., p. 1697, obs. C. GIRAULT ; A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 367, obs. L. ASCENCI ; Procédures, 2009, comm. n°284, note J. BUISSON ; Dr. pénal, 2009, comm. n°114, note A. MARON et M. HAAS ; Rev. sc. crim., 2009, p. 866, obs. R. FINIELZ (fixation d'images dans le parking souterrain clos d'une résidence, considéré comme un lieu privé, alors que l'intéressé était poursuivi pour recel de vol par habitude et usage de fausses plaques d'immatriculation en récidive, délits non prévus par l'article 706-73 du C.P.P.).

la République ou le juge d'instruction. Le caractère innomé de cet acte³²³⁵ a très tôt posé problème³²³⁶. Il a nourri un contentieux important il y a une dizaine d'années. Il a été précisé qu'aucune disposition légale ou conventionnelle n'oblige le juge d'instruction à délivrer un mandat d'amener pour se faire présenter des personnes à l'issue de leur garde à vue³²³⁷. L'absence de prévision et de réglementation du défèrement dans le Code de procédure pénale n'a pas empêché la chambre criminelle de cautionner des privations de liberté de plusieurs heures³²³⁸. D'aucuns ont approuvé cette solution³²³⁹. D'autres ont réclamé, avec raison, une intervention législative afin de régir une telle rétention³²⁴⁰. Des détentions toujours plus longues ont été validées, certaines atteignant vingt heures³²⁴¹. Au fil de ses décisions, la Cour de cassation a essayé de les encadrer et de censurer les abus grossiers³²⁴². Malgré ces quelques efforts³²⁴³, le défaut de réglementation de la rétention liée au défèrement contredit « les exigences constitutionnelles et conventionnelles qui imposent que les cas de privation de liberté soient précisément déterminés par la loi »³²⁴⁴.

646. Devenue intenable, cette situation devait évoluer. L'intervention du législateur, malgré son caractère tardif³²⁴⁵, est apparue salutaire³²⁴⁶. Elle a empêché d'autres condamnations de la France pour son système de défèrement, jugé non conforme à l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³²⁴⁷. En créant les articles 803-2 et 803-3 du C.P.P., la loi du 9 mars 2004 a apporté un titre légal à cette détention dans les locaux spécialement aménagés de la juridiction³²⁴⁸. Ces textes énoncent, à titre principal³²⁴⁹, que l'individu comparait le jour même devant le

³²³⁵ Reconnu par la Cour de cassation elle-même, approuvant les juges du fond d'avoir relevé « qu'aucun texte ne réglemente le délai nécessaire à la présentation d'une personne gardée à vue après l'expiration de cette garde à vue » : Cass. crim., 23 mars 1983, Inédit, reprenant CA Paris (10^{ème} ch.), 10 avril 1981.

³²³⁶ V. déjà, L. REMPLON, La rétention du « suspect », J.C.P., 1978, I, 2916, spéc. n°5 à 7.

³²³⁷ Cass. crim., 9 juin 1998, Bull. crim., n°187 (gardes à vue exécutées dans le ressort du juge mandant).

³²³⁸ V. Cass. crim., 9 fév. 2000, Bull. crim., n°64 ; Dr. pénal, 2000, comm. n°79, note A. MARON ; Procédures, 2000, comm. n°130, note J. BUISSON (délai de neuf heures) ; Cass. crim., 25 oct. 2000, Bull. crim., n°316 (délai de douze heures).

³²³⁹ A. MARON, note sous Cass. crim., 9 fév. 2000, Dr. pénal, 2000, comm. n°79 : « La réponse de la Cour de cassation est simple, juridique et réaliste ».

³²⁴⁰ J. BUISSON, note sous Cass. crim., 9 fév. 2000, Procédures, 2000, comm. n°130.

³²⁴¹ V. Cass. crim., 21 janv. 2003, D., 2003, jurisp., p. 1521, note (critique) D. REBUT ; Cass. crim., 25 nov. 2003, Procédures, 2004, comm. n°60, note J. BUISSON ; Dr. pénal, 2004, comm. n°42, note A. MARON.

³²⁴² Cass. crim., 21 janv. 2003, préc. ; Cass. crim., 25 nov. 2003, préc., posant une « privation de liberté pendant le temps strictement nécessaire à sa présentation ». V. surtout, Cass. crim., 16 sept. 2003, Bull. crim., n°160 ; R.P.D.P., 2004, p. 193, obs. G. DI MARINO, où elle casse l'arrêt de la chambre de l'instruction parce que celle-ci ne s'est pas suffisamment expliquée sur les motifs ayant contraint à différer la présentation du gardé à vue au juge d'instruction. L'excès était flagrant, l'intéressé ayant été retenu plus de 24 heures après la fin de sa garde à vue !

³²⁴³ V. aussi, Cass. crim., 4 janv. 2005, Procédures, 2005, comm. n°108, note J. BUISSON.

³²⁴⁴ D. REBUT, note sous Cass. crim., 21 janv. 2003, D., 2003, jurisp., p. 1521, spéc. p. 1523 et 1524.

³²⁴⁵ Comme l'a aussi fait remarquer J. BUISSON, note sous Cass. crim., 4 janv. 2005, Procédures, 2005, comm. n°108.

³²⁴⁶ V. M. PUECHAVY, La détention après la garde à vue pour présentation au procureur de la République ou au juge d'instruction, R.T.D.H., 2007, p. 559 et s., spéc. p. 571.

³²⁴⁷ CEDH, 27 juill. 2006, *Zervudacki / France*, n°73947/01, spéc. §47 à 49 (violation de l'article 5 §1 c) de la Convention). La condamnation se fonde également sur l'article 5 §4 de la Convention, car la requérante n'a disposé en droit interne d'aucun recours pour faire statuer à bref délai sur la légalité de sa détention liée au défèrement (§77 et 78) ; CEDH, 20 nov. 2008, *Maire d'Eglise / France*, n°20335/04, §46 à 49 ; R.I.D.P., 2009, p. 338, obs. L. MORTET (même solution).

³²⁴⁸ Textes jugés conformes à la Constitution (avec deux réserves d'interprétation aux considérants 10 et 11) : C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, n°2010-80, préc., cons. 8 ; C.C., Q.P.C., 6 mai 2011, n°2011-125, préc., cons. 7 et 8. Pourtant, même si des garanties ont été aménagées, on a du mal à admettre que la privation de liberté puisse reposer exclusivement sur des

magistrat concerné (procureur de la République ou juge d'instruction) ou, en cas de nécessité, le jour suivant mais à la double condition qu'il n'ait pas fait l'objet d'une garde à vue dépassant soixante-douze heures et qu'il soit présenté dans la limite maximale de vingt heures³²⁴⁹. A défaut, celui-ci recouvre immédiatement la liberté. Des garanties ont été prévues pendant la rétention : droit de s'alimenter, de faire prévenir par téléphone l'un de ses proches, droit à un examen médical, à un entretien avec un avocat choisi ou commis d'office, lequel peut consulter le dossier de la procédure, mention de l'identité des personnes concernées et du déroulement de la détention dans un registre spécial³²⁵⁰... Cet acte coercitif s'avère désormais prévu par la loi, ce qui renforce la sécurité juridique des justiciables³²⁵¹.

647. Bien qu'elles débordent le cadre de la procédure pénale *stricto sensu*, les détentions auxquelles se livrent les militaires en haute mer constituent, en dernier lieu, une illustration récente de l'intervention du législateur afin de faire cesser la violation du principe de légalité. Subies en amont des gardes à vues ordonnées en France, elles entretiennent un lien étroit avec celles-ci en évitant la fuite des personnes impliquées. Pour respecter la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la privation de liberté doit avoir une base légale en droit interne, de droit écrit ou de droit non écrit. Cette base doit de surcroît présenter une qualité suffisante : il faut qu'elle soit précise, accessible et prévisible. La notion de qualité de la loi dépasse le simple aspect formel et impose un contenu. La norme doit être suffisamment protectrice pour la personne détenue³²⁵². C'est pour avoir méconnu ces principes que la France a été condamnée dans le fameux arrêt *Medvedyev* rendu en 2008³²⁵³. En l'espèce, les membres de l'équipage et les passagers d'un cargo arraisonné dans le cadre de la lutte contre le trafic international de stupéfiants avaient été retenus pendant treize jours à bord d'un navire de guerre français, avant leur présentation aux autorités judiciaires françaises dès leur arrivée sur le territoire. Ayant fait l'objet d'un renvoi devant la grande chambre de la Cour, cette

contingences matérielles. « Tant de pragmatisme dans la bouche du gardien des libertés étonne quelque peu », comme l'a si bien noté A. BERGEAUD-WETTERWALD, *in* Le respect de la présomption d'innocence (...), *op. cit.*, p. 67.

³²⁴⁹ V. Cass. crim., 26 oct. 2004, Bull. crim., n°255 ; A.J. pénal, 2005, jurispr., p. 31, obs. J. C., qui fixe le point de départ du délai au moment où la levée de la mesure de garde à vue est notifiée à l'intéressé et devient effective. La loi n°2014-896 du 15 août 2014, préc., modifie très légèrement la rédaction des articles 803-2 et 803-3 du C.P.P. pour y ajouter « la retenue ».

³²⁵⁰ Pour une appréciation critique de ce dispositif législatif : M. PUECHAVY, *op. cit.*, p. 561.

³²⁵¹ Pour une illustration, V. Cass. crim., 6 déc. 2005, Bull. crim., n°321.

³²⁵² CEDH, 25 juin 1996, *Amuur / France*, préc., §50 et 53 ; CEDH, 15 janv. 2009, *Faure / France*, n°19421/04, §36 ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, *Dr. pénal*, 2009, chron. « un an de... » n°4, spéc. n°15.

³²⁵³ CEDH, 10 juill. 2008, *Medvedyev et autres / France*, n°3394/03, spéc. §61 à 63 ; D., 2008, notes, p. 3055, note P. HENNION-JACQUET ; D., 2009, notes, p. 600, note J.-F. RENUCCI ; Procédures, 2008, comm. n°343, note J. BUISSON ; A.J. pénal, 2008, jurispr., p. 469, obs. C. SAAS ; *Rev. sc. crim.*, 2009, p. 176, obs. J.-P. MARGUENAUD ; R.I.D.P., 2008, p. 459, n°11, obs. L. MORTET. La Cour estime que les normes juridiques applicables (Convention de Vienne du 20 déc. 1988 ; article 108 de la Convention de Montego Bay du 15 déc. 1982 ; articles 12 à 14 de la loi n°94-589 du 15 juill. 1994, etc) n'offrent pas une protection adéquate contre les atteintes arbitraires au droit à la liberté, aucune de ces normes ne visant expressément la privation de liberté des membres de l'équipage du navire intercepté. Il y a donc violation de l'article 5 §1 de la Convention.

décision a été confirmée. Les juges de Strasbourg ont de nouveau conclu à la violation de l'article 5 §1 de la Convention le 29 mars 2010³²⁵⁴.

648. La Cour européenne adopte une vision stricte de la base légale de la privation de liberté, en exigeant que la norme la prévoit de manière expresse et spécifique³²⁵⁵. Venue compléter la loi n°94-589 du 15 juillet 1994, une loi du 22 avril 2005 a comblé certaines lacunes législatives dénoncées par l'arrêt *Medvedyev*³²⁵⁶. Mais les détentions décidées par les militaires en haute mer ne paraissent pas pour autant « prévues par la loi ». S'agissant de retenues administratives en vue de présenter les intéressés à un O.P.J.³²⁵⁷, le juge judiciaire se déclare compétent pour vérifier la régularité de l'arraisonnement d'un navire dans les eaux internationales³²⁵⁸. Les juridictions reconnaissent même parfois l'illégalité de la privation de liberté lors du transit en mer³²⁵⁹. Cette irrégularité n'a toutefois aucun effet sur les actes de la procédure car la chambre criminelle refuse de prononcer l'annulation de la garde à vue subséquente³²⁶⁰. Compte tenu de la durée et de la gravité de ces atteintes portées à la liberté individuelle³²⁶¹, il est apparu indispensable de les soumettre à une réglementation stricte, leur légalité ne répondant pas aux exigences conventionnelles³²⁶². La loi se doit de les réglementer de façon précise.

³²⁵⁴ CEDH (Gr. ch.), 29 mars 2010, *Medvedyev et autres / France*, n°3394/03, §98 à 103. En l'espèce il y avait eu échange de deux notes verbales le 7 juin 2002 entre la France et le Cambodge, mais « le sort des membres de l'équipage n'était pas couvert de façon suffisamment précise par le contenu de cette note et partant, il n'était pas établi que leur privation de liberté faisait l'objet d'un accord entre les deux Etats susceptible de représenter un droit "clairement défini" au sens de la jurisprudence de la Cour ». De plus, « la note verbale ne répondait pas à l'exigence de "prévisibilité" » : violation de l'article 5 §1 de la Convention.

³²⁵⁵ V. L. MORTET, obs. sous CEDH, 10 juill. 2008, R.I.D.P., 2008, p. 459, not. p. 460.

³²⁵⁶ Loi n°2005-371 du 22 avril 2005, *modifiant certaines dispositions législatives relatives aux modalités de l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs de police de mer*, J.O. du 23 avril 2005, p. 7090.

³²⁵⁷ G. POISSONNIER, Les pirates de la Corne de l'Afrique et le droit français, D., 2008, chron., p. 2097 et s., spéc. p. 2100. Dans l'affaire du "*Ponant*", la chambre de l'instruction a qualifié les privations de liberté d'« actes de gouvernement ». Mais cette qualification n'a pas été reprise par la chambre criminelle : Cass. crim., 16 sept. 2009, J.C.P., 2010, note, 184, note P. BEAUVAIS ; D., 2010, notes, p. 631, note G. POISSONNIER.

³²⁵⁸ V. Cass. crim., 15 janv. 2003, Bull. crim., n°12, à propos du "*Winner*" (affaire *Medvedyev*) ; Cass. crim., 13 déc. 2006, Bull. crim., n°314, au sujet du "*Cantamar IV*" ; Cass. crim., 8 août 2007, Bull. crim., n°190, à propos du "*Canito*".

³²⁵⁹ Dans l'affaire du "*Junior*" arraisonné par un bâtiment de guerre français, le "*Tonnerre*", la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Rennes avait remarqué, dans son arrêt du 5 décembre 2008, « le caractère arbitraire de la détention des marins sur le navire le "*Junior*", faute de tout texte organisant la privation de liberté subie par eux » : V. Cass. crim., 29 avril 2009, Bull. crim., n°83 ; Rev. sc. crim., 2009, p. 853, obs. R. FINIELZ ; D., 2010, notes, p. 187, note G. POISSONNIER.

³²⁶⁰ Cass. crim., 29 avril 2009, préc. Cette solution n'est pas sans rappeler sa jurisprudence classique : V. Cass. crim., 21 fév. 1995, Bull. crim., n°74 : « Attendu que, par ailleurs, les juridictions nationales sont incompétentes pour connaître des conditions dans lesquelles seraient intervenues, à l'étranger, l'arrestation d'une personne par les seules autorités locales agissant dans la plénitude de leur souveraineté et sa remise à des policiers français » ; *Adde*, Cass. crim., 18 janv. 2006, Inédit, n°05-86445. Sur ce point, S. RAOULT, L'arrestation et la détention en haute mer, R.P.D.P., 2011, p. 637 et s., spéc. p. 643 à 647.

³²⁶¹ Ces détentions sont souvent très longues : quinze jours dans l'affaire du "*Junior*" (Cass. crim., 29 avril 2009, préc.), huit jours dans celle du "*Carré d'As*" (Cass. crim., 17 fév. 2010, Procédures, 2010, comm. n°194, note A.-S. CHAVENT-LECLERE)... Certains auteurs contestent d'ailleurs la régularité de la durée de ces rétentions : P. HENNION-JACQUET, note sous Cass. crim., 10 juill. 2008, D., 2008, notes, p. 3055, spéc. n°8 et s., p. 3057.

³²⁶² V. aussi, A.-S. CHAVENT-LECLERE, note sous Cass. crim., 17 fév. 2010, Procédures, 2010, comm. n°194 ; P. BEAUVAIS, note sous Cass. crim., 16 sept. 2009, J.C.P., 2010, note, 184 ; G. POISSONNIER, note sous Cass. crim., 29 avril 2009, D., 2010, notes, p. 187, spéc. p. 190 ; A. CONTAMINE, Poursuites judiciaires et pirates somaliens : la nouvelle équation, A.J. pénal, 2010, pratiques, p. 330 et s., spéc. p. 331 et 332.

649. La loi du 5 janvier 2011 relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'Etat en mer a remédié à cette lacune³²⁶³. Selon l'article L. 1521-11 du Code de la défense nationale, les agents de l'Etat « peuvent prendre les mesures de coercition nécessaires et adaptées à l'encontre des personnes à bord en vue d'assurer leur maintien à disposition, la préservation du navire et de sa cargaison ainsi que la sécurité des personnes ». L'article L. 1521-12 du même Code énonce alors que « lorsque des mesures de restriction ou de privation de liberté doivent être mises en œuvre, les agents (...) en avisent le préfet maritime ou, outre-mer, le délégué du Gouvernement pour l'action de l'Etat en mer, qui en informe dans les plus brefs délais le procureur de la République territorialement compétent ». Saisi par le procureur de la République, le juge des libertés et de la détention doit ensuite donner son accord au maintien des mesures privatives de liberté dont les personnes à bord peuvent faire l'objet³²⁶⁴. Il statue sur leur prolongation éventuelle pour une durée maximale de cent-vingt heures, ce délai débutant à l'issue des quarante-huit premières heures de rétention. Mais « ces mesures sont renouvelables dans les mêmes conditions de fond et de forme durant le temps nécessaire pour que les personnes en faisant l'objet soient remises à l'autorité compétente »³²⁶⁵. Désormais réglementée par la loi, cette privation de liberté antérieure à la garde à vue obéit aux prescriptions de l'article 5 §1 de la Convention³²⁶⁶.

650. Dispositif technique apparu avec le développement de la technologie, la géolocalisation a soulevé, elle aussi, une difficulté sur le plan de la légalité si tant est qu'il faille la qualifier d'acte coercitif, comme semble l'entendre la Cour de cassation³²⁶⁷. Eu égard au caractère mesuré de l'intrusion dans la vie privée de la personne concernée, le grief subi se révèle assez minime. En y voyant « une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge », la chambre criminelle met l'accent sur l'exigence d'un contrôle juridictionnel de la mesure dans ses arrêts précités du 22 octobre 2013³²⁶⁸; mais, ce faisant, elle évite la discussion sur

³²⁶³ Loi n°2011-13 du 5 janv. 2011, J.O. du 6 janv. 2011, p. 374 ; R.P.D.P., 2011, chron., p. 784 et 785 et p. 801 à 803, obs. Y. JOSEPH-RATINEAU. *Adde*, le décret n°2011-1213 du 29 septembre 2011 pris pour l'application de l'article 4 de la loi n°94-589 du 15 juillet 1994 relative à la lutte contre la piraterie et aux modalités de l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs de police en mer, J.O. du 1^{er} oct. 2011, p. 16500.

³²⁶⁴ Art. L. 1521-14 du Code de la défense. Ce juge doit être saisi avant l'expiration du délai de quarante-huit heures à compter de la mise en œuvre des mesures de restriction et de privation de liberté.

³²⁶⁵ Art. L. 1521-14, al. 2 du Code de la défense. Sur tous ces points : M. RECIO, La France à l'abordage de la piraterie : la loi n°2011-13 du 5 janvier 2011 relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'Etat en mer ou le renforcement de l'arsenal répressif, *Dr. pénal*, 2011, Etude n°5, spéc. n°19 et s. ; M. JACQUOT, P.-E. BROUTE, Les pouvoirs d'enquête en mer, *A.J. pénal*, 2012, dossier, p. 578 et s., not. p. 579 et 580.

³²⁶⁶ Dans l'affaire dite du "Junior", la Cour européenne n'a pas relevé de violation de l'article 5 §1 de la Convention, pourtant alléguée par les requérants et alors même que leur détention en haute mer avait eu lieu avant l'adoption de la loi du 5 janvier 2011 : V. CEDH, 27 juin 2013, *Vassiss et autres / France*, n°62736/09 ; J.C.P., 2013, act., 843, obs. L. MILANO ; *Gaz. pal.*, 13-15 oct. 2013, n°286 à 288, p. 41, obs. (critiques) F. FOURMENT ; *Rev. sc. crim.*, 2013, p. 656, obs. D. ROETS ; R.P.D.P., 2013, p. 705, obs. J.-F. RENUCCI.

³²⁶⁷ Cass. crim., 22 oct. 2013 (2 arrêts), *Bull. crim.*, n°196 et 197, préc. Il faut sans doute taxer la géolocalisation d'acte coercitif lorsqu'elle s'accompagne d'une introduction dans un lieu privé, à l'insu de ses occupants, aux fins d'installation du dispositif technique, notamment un local d'habitation. V. *supra*, n°587 et s.

³²⁶⁸ La chambre criminelle dénie à nouveau au ministère public la qualité d'autorité judiciaire au sens de l'article 5 §3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. Celui-ci ne l'est pas davantage sur le terrain de son article 8. Toutefois, la géolocalisation apparaît nettement moins coercitive qu'une mesure privative de liberté. Lui transposer les exigences

le principe de légalité, c'est-à-dire sur l'existence d'une base légale suffisante en droit interne³²⁶⁹. Elle a considéré « implicitement » que les articles 12, 14 et 41 du C.P.P., relatifs aux missions de la police judiciaire, ne remplissent pas l'exigence européenne de texte suffisamment clair et précis pour justifier une telle ingérence dans la vie privée au cours des enquêtes de police³²⁷⁰. Il est vrai que ces dispositions générales ne régissent pas cet acte de façon spécifique³²⁷¹. En l'absence de loi précise, sont donc écartées les réquisitions judiciaires tendant à la géolocalisation de téléphones portables lors de ces enquêtes³²⁷². En revanche, la chambre criminelle a estimé, dans ses arrêts du 22 octobre 2013, que l'article 81 du C.P.P., relatif aux pouvoirs généraux du juge d'instruction, constitue un fondement légal suffisant pour procéder à cette investigation lors d'une information³²⁷³. Or, c'est ce raisonnement critiquable qu'a condamné la Cour européenne en matière d'écoutes téléphoniques et de sonorisations et fixations d'images. On comprend mieux pourquoi la Cour de cassation s'est placée sur le seul terrain de l'absence de contrôle du juge pour opérer sa censure. Elle est parvenue « à ne pas invalider la pratique de la géolocalisation pendant l'instruction préparatoire, ce qui autorise à poursuivre la mise en œuvre de cette technique, moyennant l'ouverture des informations judiciaires nécessaires, le temps que le législateur introduise de nouveaux textes dans le Code de procédure pénale »³²⁷⁴.

651. Depuis la loi n°2014-372 du 28 mars 2014³²⁷⁵, la géolocalisation satisfait à l'exigence de légalité. Elle est prévue aux articles 230-32 à 230-44 du C.P.P.³²⁷⁶. Le projet de loi a été soumis à l'examen du Conseil constitutionnel qui l'a partiellement censuré et a formulé des réserves

applicables à celle-ci se révèle dès lors injustifié. V. en ce sens aussi, H. MATSOPOULOU, note préc. sous Cass. crim., 22 oct. 2013, spéc. p. 118 ; D. BOCCON-GIBOD, obs. préc. sur Cass. crim., 22 oct. 2013, spéc. p. 850 et 851.

³²⁶⁹ Pour le même constat : F. FOURMENT, obs. sur Cass. crim., 22 oct. 2013 (2 arrêts) et Cass. crim., 19 nov. 2013, Gaz. pal., 9-11 fév. 2014, n°40 à 42, p. 37, spéc. p. 37 et 38, le regrettant car « c'est avant tout sur ce point que la critique sous l'angle de l'article 8 méritait d'être relevée ».

³²⁷⁰ A.-S. CHAVENT-LECLERE, note préc. sous Cass. crim., 22 oct. 2013, Procédures, 2013, comm. n°358.

³²⁷¹ Ces textes (articles 12, 14, 41 et 77-1-1 du C.P.P.) ont donné lieu à une question prioritaire de constitutionnalité que la chambre criminelle a refusé de transmettre au juge constitutionnel, affirmant que « les dispositions légales invoquées, relatives aux activités exercées par la police judiciaire sous la direction du procureur de la République, ne confèrent pas le pouvoir de mettre en œuvre la mesure technique dite de "géolocalisation", laquelle, en raison de sa gravité, ne peut être réalisée que sous le contrôle d'un juge » : Cass. crim., 19 nov. 2013, Bull. crim., n°233 ; Gaz. pal., 9-11 fév. 2014, n°40 à 42, p. 37, obs. F. FOURMENT.

³²⁷² Mais il n'y a pas lieu à annulation des réquisitions délivrées au cours d'une enquête préliminaire aux fins de géolocalisation de deux téléphones mobiles qui n'ont pas été exécutées, car « le demandeur n'a subi aucune ingérence dans sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme » : Cass. crim., 14 janv. 2014, Bull. crim., n°8 ; Gaz. pal., 11-13 mai 2014, n°131 à 133, p. 39, obs. F. FOURMENT ; Rev. sc. crim., 2014, chron., p. 434, n°22 et 23, obs. B. AUBERT.

³²⁷³ Déjà en ce sens : Cass. crim., 22 nov. 2011, Bull. crim., n°234. Compte tenu de la généralité de ses termes, l'article 81 du C.P.P. devrait pourtant se montrer insuffisant à fonder la géolocalisation. Il est loin de remplir les exigences de prévisibilité et d'accessibilité de la norme.

³²⁷⁴ L. ASCENSI, obs. sur Cass. crim., 22 oct. 2013 (2 arrêts), A.J. pénal, 2013, jurisp., p. 668, spéc. p. 672. Une circulaire du 29 octobre 2013 a d'ailleurs préconisé l'interruption immédiate ou l'exclusion de la géolocalisation dans le cadre des enquêtes dirigées par le procureur de la République (enquête préliminaire ou de flagrance, enquête en recherche des causes de la mort, de la disparition ou en recherche d'une personne en fuite). Sur ce point, M. QUEMENER, La procédure pénale à l'épreuve de la géolocalisation, A.J. pénal, 2013, p. 568 et s.

³²⁷⁵ J.O. du 29 mars 2014, p. 6123 ; Rev. sc. crim., 2014, chron., p. 399, obs. J.-B. PERRIER ; J. PRADEL, Un exemple de vide législatif comblé dans l'urgence. A propos de la loi n°2014-372 du 28 mars 2014, J.C.P., 2014, 415 ; E. DUPIC, La géolocalisation judiciaire : nouveau statut et perspectives, Gaz. pal., 4-5 avril 2014, n°94 à 95, p. 14 et s. ; J.-P. VALAT, La loi du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation, *op. cit.* ; J. BUISSON, La géolocalisation (...), *op. cit.* ; P. LE MONNIER DE GOUVILLE, Le régime juridique de la géolocalisation (...), *op. cit.*

³²⁷⁶ V. aussi, pour l'enquête douanière : art. 67 bis-2 du C. douanes.

d'interprétation³²⁷⁷. La création du dossier distinct et non versé dans la procédure se trouve admise afin de protéger la vie ou l'intégrité physique d'une personne ayant permis l'installation ou le retrait du moyen technique de géolocalisation³²⁷⁸. Mais le Haut conseil a décidé que le principe du contradictoire s'oppose à ce qu'une condamnation puisse être prononcée sur le fondement d'éléments de preuve alors que la personne mise en cause n'a pas été mise à même de contester les conditions dans lesquelles ils ont été recueillis³²⁷⁹. Sans trop entrer dans les détails de la loi nouvelle³²⁸⁰, il suffit de retenir que l'opération de géolocalisation peut être exécutée pour des infractions contre les biens punies d'au moins cinq ans d'emprisonnement et les délits douaniers, et d'au moins trois ans d'emprisonnement pour les délits d'atteinte aux personnes, de recel de malfaiteur ou d'évasion. Elle est autorisée dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction sur la recherche des causes de la mort ou de la disparition et dans celui d'une procédure de recherche d'une personne en fuite³²⁸¹. Ces nouvelles dispositions légales ne s'appliquent cependant pas lorsque les opérations tendent à retrouver la victime, l'objet qui lui a été dérobé ou la personne disparue³²⁸². Créé par la loi n°2014-896 du 15 août 2014 précitée, l'article 709-1-3 du C.P.P., applicable à partir du 1^{er} octobre 2014, permet aux services de police et aux unités de gendarmerie, sur instructions du juge de l'application des peines, de procéder à la géolocalisation (et de recourir à des interceptions téléphoniques) de détenus libérés à certaines conditions énoncées au texte, afin de contrôler le respect des obligations auxquelles ils sont astreints.³²⁸³

652. Aux termes de l'article 230-33 du C.P.P., le procureur de la République peut autoriser par écrit la géolocalisation pour une durée de quinze jours. A l'issue de ce délai, il doit saisir le juge des libertés et de la détention qui fournit une autorisation pour une durée d'un mois renouvelable dans les mêmes conditions de forme et de durée. Le législateur a donc désavoué la chambre criminelle qui, dans ses arrêts d'octobre 2013, confiait la décision de recourir à la mesure et le contrôle de son exécution au seul juge. Son choix mérite approbation, car les arrêts précités conduisaient à s'interroger sur les actes

³²⁷⁷ C.C., 25 mars 2014, n°2014-693 DC, préc.

³²⁷⁸ Dans le cadre d'une information concernant l'un des crimes ou délits entrant dans le champ d'application de l'article 706-73, l'article 230-40 du C.P.P. permet qu'avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention, les informations relatives à la date, l'heure et le lieu où le dispositif technique de géolocalisation a été installé ou enlevé, ainsi que l'enregistrement des données de localisation et les éléments permettant d'identifier une personne ayant concouru à l'installation ou au retrait de ce moyen, n'apparaissent pas dans le dossier de la procédure. Les informations sont inscrites dans un procès-verbal versé dans un dossier distinct, auquel les parties n'ont pas accès. Les risques de représailles peuvent également concerner les membres de la famille de la personne susmentionnée ou ses proches. Des recours sont possibles contre l'autorisation du dossier distinct.

³²⁷⁹ Cons. 26 de la décision n°2014-693 DC, préc. Ces dispositions méconnaissent les exigences constitutionnelles qui résultent de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Les éléments obtenus selon les prévisions de l'article 230-40 du C.P.P. ne peuvent donc être transmis à la juridiction de jugement sauf à ce que les informations figurant dans le dossier distinct soient versées au dossier de la procédure. Sur le dossier distinct et le principe du contradictoire : E. DUPIC, *op. cit.*, p. 17 et s. ; J. BUISSON, *op. cit.*, n°27 à 30.

³²⁸⁰ V. pour cela, la circulaire du 1^{er} avril 2014 concernant la présentation de la loi n°2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation (Min. Justice, circ. n°JUSD1407842C, 1^{er} avril 2014 ; B.O. Min. Justice, 14 avril 2014) ; M. QUEMENER, *Circulaire sur la géolocalisation : quels enjeux ?*, D., 2014, p. 1088.

³²⁸¹ Art. 230-32 du C.P.P.

³²⁸² Art. 230-44 du C.P.P. Dans ce cas, les opérations de géolocalisation en temps réel font l'objet de réquisitions sur le fondement des articles 60-1, 60-2, 77-1-1, 77-1-2, 99-3 ou 99-4 du C.P.P. V. J. PRADEL, *Un exemple de vide législatif (...)*, *op. cit.*, pour qui « la protection de la victime justifie les atteintes à sa vie privée et elle n'a aucune raison de s'en plaindre ».

³²⁸³ Sur ce point, V. J.-H. ROBERT, *Punir dehors (...)*, *op. cit.*, n°17.

que le parquet était en capacité d'ordonner. *Quid*, par exemple, des perquisitions effectuées en flagrance sans le consentement des intéressés, bien plus coercitives que la géolocalisation³²⁸⁴ ? C'était « en quelque sorte un abîme qui s'ouvrait sous les parquets, à ceci près qu'il paraissait en réalité impossible (...) de placer le parquet dans une complète paralysie »³²⁸⁵. D'ailleurs, l'article 230-35 du C.P.P. prévoit même qu'en cas d'urgence résultant d'un risque imminent de dépérissement des preuves ou d'atteinte grave aux personnes ou aux biens, l'O.P.J. peut décider de procéder à la géolocalisation, à charge d'en informer immédiatement le ministère public ou le juge d'instruction, susceptible d'ordonner la mainlevée de la mesure³²⁸⁶. Lors d'une instruction ou d'une information pour recherche des causes de la mort ou de la disparition, la décision appartient au magistrat instructeur pour quatre mois renouvelables dans les mêmes conditions de forme et de durée. Comme en matière d'écoutes téléphoniques, la décision du procureur de la République, du juge des libertés et de la détention ou du magistrat instructeur est écrite et doit être exigée par les nécessités de l'enquête ou de l'instruction³²⁸⁷. Elle n'a pas de caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours³²⁸⁸. Si la géolocalisation dispose désormais d'une « base légale », il n'empêche que l'exigence de légalité n'est pas toujours respectée en procédure pénale.

b) Les violations persistantes de l'exigence

653. Le principe de légalité procédurale remplit une fonction essentielle en ce qui concerne l'acte coercitif. Il a pour objet de « garantir la sûreté des citoyens en interdisant à l'autorité publique de mettre en œuvre toute mesure de coercition qui ne serait pas prévue par la loi »³²⁸⁹. Ses violations apparaissent donc très contestables³²⁹⁰. Or, certaines subsistent en droit positif. Les fouilles corporelles le prouvent. Elles ne sont ni inscrites ni réglementées dans leur ensemble au sein du Code de procédure pénale, ce qui demeure totalement anormal compte tenu de la gravité de l'atteinte qu'elles portent à la vie privée de la personne la subissant³²⁹¹. Seul le décret du 20 mai 1903 sur la gendarmerie, abrogé en 2009³²⁹², a prévu cet acte en ses articles 307 et 308. La jurisprudence l'a

³²⁸⁴ D. BOCCON-GIBOD, obs. préc. sur Cass. crim., 22 oct. 2013, p. 851.

³²⁸⁵ *Ibid.*

³²⁸⁶ Mais lorsque l'introduction dans un lieu d'habitation est nécessaire, l'O.P.J. doit recueillir l'accord préalable du juge des libertés et de la détention, saisi par le parquet à cette fin, ou du juge d'instruction (art. 230-35, al. 2 du C.P.P.).

³²⁸⁷ Art. 230-32 et art. 230-34 du C.P.P., à propos des lieux privés.

³²⁸⁸ Art. 230-33, al. 2 du C.P.P.

³²⁸⁹ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°253 et s., reprenant souvent cette idée : « De cet ensemble de textes il est possible de dégager le principe général selon lequel *nulle mesure portant atteinte aux droits et libertés de la personne ne peut être prescrite hors les cas prévus par la loi ou en dehors des formes qu'elle a prévues* » (n°254, ils soulignent). Sur l'affirmation de la légalité procédurale comme rempart contre l'arbitraire du pouvoir : R. GASSIN, Le principe de la légalité (...), *op. cit.*, p. 326.

³²⁹⁰ Sur les dangers : P. MAISTRE DU CHAMBON, Le déclin du principe de la légalité en matière pénale, Mélanges en l'honneur du doyen R. DECOTTIGNIES, Presses universitaires de Grenoble, 2003, p. 209 et s., spéc. p. 216, notant qu'« au caractère abstrait et général de la loi, se substitue une casuistique pragmatique évolutive, dans laquelle les juges peuvent puiser une autonomie fonctionnelle, leur permettant de réécrire la procédure pénale ».

³²⁹¹ V. M. HERZOG-EVANS, Fouilles corporelles et dignité de l'homme, Rev. sc. crim., 1998, p. 735 et s., spéc. p. 748.

³²⁹² Par la loi n°2009-971 du 3 août 2009 relative à la gendarmerie nationale, J.O. du 6 août 2009, p. 13112.

assimilé à une perquisition³²⁹³. Elle lui applique en principe un régime similaire afin de protéger les libertés individuelles³²⁹⁴. Mesure d'investigation judiciaire, la fouille à corps se révèle licite si la perquisition est légale. Les O.P.J. doivent donc obtenir une commission rogatoire du juge d'instruction lors d'une information (mais l'accord de la personne n'est pas requis), l'assentiment exprès de l'intéressé en enquête préliminaire³²⁹⁵ ou bien découvrir un indice apparent d'un comportement délictueux au cours d'une enquête de flagrance³²⁹⁶. En enquête préliminaire, le consentement est du reste exigé lorsqu'il s'agit d'ouvrir et de prendre connaissance d'objets personnels détenus par la personne³²⁹⁷.

654. L'absence de règles légales spécifiques régissant cet acte coercitif ne pose pas problème au juge européen dès lors que la jurisprudence interne présente une qualité suffisante³²⁹⁸. Cette lacune encourt néanmoins la critique au regard des dispositions de l'article 34 de la Constitution³²⁹⁹. Conscient de la gravité de certaines fouilles, le législateur a tout de même organisé l'encadrement des fouilles intégrales, qui impliquent un déshabillage complet. Susceptibles d'attenter non seulement à la vie privée à l'instar des fouilles à corps classiques, mais aussi à la dignité de la personne³³⁰⁰, ces fouilles obéissent désormais aux prescriptions de l'article 63-7 du C.P.P., issu de la loi du 14 avril 2011. Aux termes de ce texte, « lorsqu'il est indispensable pour les nécessités de l'enquête de procéder à une fouille intégrale d'une personne gardée à vue, celle-ci doit être décidée par un officier de police

³²⁹³ V. déjà, CA Aix, 12 juin 1951 (aff. *Isnard*), J.C.P., 1951, II, 6544, note A. COLOMBINI ; V. surtout, Cass. crim., 22 janv. 1953 (*Isnard*), préc., J.C.P., 1953, II, 7456, rapp. BROUCHOT. Cet arrêt a fixé la jurisprudence sur la question : V. CA Aix, 28 juin 1978, Gaz. pal., 1979, jurisp., p. 79, note P.-L. G. ; Cass. crim., 21 juill. 1982, Bull. crim., n°196.

³²⁹⁴ Toutefois, les heures légales ne s'appliquent pas en matière de fouille à corps, l'individu pouvant être fouillé dans la rue au cours de la nuit. La présence de proches ou de tiers ne semble pas non plus requise, notamment si l'acte se déroule en dehors du domicile ou même d'une zone habitée.

³²⁹⁵ Sauf le cas visé à l'article 76, al. 4 du C.P.P., c'est-à-dire l'autorisation accordée par le juge des libertés et de la détention pour procéder à cet acte qui revêt alors un caractère coercitif.

³²⁹⁶ V. M. PEDAMON, La fouille corporelle, Rev. sc. crim., 1961, p. 467 et s., spéc. n°17, p. 479 et 480. V. CA Aix, 12 juin 1951, préc., qui revient sur la solution retenue par CA Paris, 28 juill. 1925, D., 1926, II, p. 49, note (critique) M. NAST ; V. Cass. crim., 22 janv. 1953 (*Isnard*), préc. ; Cass. crim., 18 déc. 1958, Bull. crim., n°760. Il ressort de cet arrêt qu'en cas de flagrant délit, la fouille à corps d'un suspect est justifiée ; Cass. crim., 21 juill. 1982, préc. ; Cass. crim., 5 janv. 2010, Inédit, n°08-87337. Mais même lorsque les O.P.J. agissent en enquête préliminaire, ils n'ont pas à obtenir l'accord de l'intéressé pour pouvoir le soumettre à une fouille corporelle lorsqu'il est placé en garde à vue. Cette fouille de sécurité a pour but de vérifier qu'il ne possède aucun objet dangereux et n'est alors qu'une modalité d'exécution de la garde à vue.

³²⁹⁷ Cass. crim., 15 oct. 1984, Bull. crim., n°298 (fouille d'un portefeuille) ; Cass. crim., 4 mars 1991, Bull. crim., n°105 (ouverture d'enveloppes et contrôle de leur contenu) ; Cass. crim., 5 oct. 2011, Bull. crim., n°195, préc. (ouverture et fouille d'une valise).

³²⁹⁸ Sur ce point, R. KOERING-JOULIN, Pour un retour (...), *op. cit.*, spéc. p. 250 et la note n°11.

³²⁹⁹ V. également, M. HERZOG-EVANS, Le principe de légalité (...), *op. cit.*, p. 9. En droit pénitentiaire, la situation s'est par ailleurs améliorée. Pendant longtemps, certaines fouilles intégrales ont été prévues par de simples textes réglementaires, voire par des circulaires (la circulaire « Ezratty » de 1986), ce qui est inadmissible vu qu'elles portent gravement atteinte aux libertés individuelles. La loi pénitentiaire n°2009-1436 du 24 novembre 2009, préc., a durci les conditions de recours aux fouilles des détenus (art. 57 de la loi). Les fouilles doivent être justifiées par « la présomption d'une infraction ou par les risques que le comportement des personnes détenues fait courir à la sécurité des personnes et au maintien du bon ordre dans l'établissement ». Leur nature et leur fréquence doivent être « adaptées à ces nécessités et à la personnalité » du détenu intéressé. En outre, les fouilles intégrales ne peuvent plus intervenir qu'en dernier recours, si les fouilles par palpation ou l'utilisation des moyens de détection électronique apparaissent insuffisantes (la subsidiarité). Mais elles peuvent toujours être imposées au détenu. Enfin, les « investigations corporelles internes » (fouilles des cavités internes) sont dorénavant interdites, « sauf impératif spécialement motivé ». Elles ne sont pratiquées que par un médecin extérieur, requis par l'autorité judiciaire.

³³⁰⁰ Dont l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales interdit de recourir à des traitements dégradants à l'encontre de celle-ci.

judiciaire et réalisée dans un espace fermé par une personne de même sexe que la personne faisant l'objet de la fouille. La fouille intégrale n'est possible que si la fouille par palpation ou l'utilisation des moyens de détection électronique ne peuvent être réalisées »³³⁰¹. Des garanties considérables pour les personnes ressortent de ces dispositions, d'où la nécessité absolue de respecter le principe de légalité en procédure pénale. A titre impératif, la fouille doit être indispensable aux nécessités de l'enquête. Elle revêt un caractère subsidiaire. Elle ne peut être décidée que par un O.P.J. et doit être réalisée en toute discrétion par une personne de même sexe³³⁰².

655. De plus, l'article 63-7, alinéa 2, du C.P.P. régit les fouilles corporelles internes. Selon ces dispositions, « lorsqu'il est indispensable pour les nécessités de l'enquête de procéder à des investigations corporelles internes sur une personne gardée à vue, celles-ci ne peuvent être réalisées que par un médecin requis à cet effet ». Le texte ne fait que reprendre l'ancien article 63-5 du C.P.P., créé par la loi du 15 juin 2000. Les fouilles *in corpore* tendent à rechercher des stupéfiants dissimulés dans l'organisme du gardé à vue³³⁰³. D'après une circulaire du 4 décembre 2000, elles peuvent être pratiquées en cas d'urgence en dehors du cadre de la garde à vue et les exigences légales s'appliquent. Il est néanmoins exclu qu'un médecin impose ces investigations par la force, même en enquête de flagrance ou lors d'une information³³⁰⁴.

656. Beaucoup moins attentatoires à l'intimité de la vie privée, voire à la dignité des personnes, les palpations de sécurité sont en principe réalisées lors de l'interpellation. Elles consistent en une « recherche extérieure, à travers les vêtements, d'objets susceptibles d'être dangereux pour la sécurité de l'intéressé lui-même et d'autrui »³³⁰⁵. La jurisprudence les distingue des fouilles corporelles et les soustrait au régime des perquisitions³³⁰⁶. Discutable, cette distinction fait l'objet de critiques³³⁰⁷. Les

³³⁰¹ Sur la notion de fouille intégrale, bien connue en droit pénitentiaire : CEDH, 12 juin 2007, *Frérot / France*, n°70204/01, §40 et 41 ; A.J. pénal, 2007, p. 336, obs. M. HERZOG-EVANS ; J.C.P., 2007, I, 182, n°2, obs. F. SUDRE ; Rev. sc. crim., 2008, p. 148, obs. D. ROETS ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2008, chron. « un an de... » n°3, spéc. n°5 ; CE, ord., 6 juin 2013, n°368816, *Section française de l'observatoire international des prisons* et CE, ord., 6 juin 2013, n°368875, *M. A. ; D.*, 2013, p. 1478, obs. M. LENA.

³³⁰² Sur ce point : F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2358, faisant remarquer que ce texte, issu de la loi de 2011, constitue « la première consécration légale des fouilles judiciaires lesquelles ne faisaient précédemment l'objet que d'instructions ministérielles. Bien que, à la lettre, ses dispositions ne s'appliquent qu'aux personnes placées en garde à vue, elles doivent à l'évidence être également respectées en dehors du cadre de la garde à vue. Il est peu probable toutefois que le fait qu'une fouille intégrale ne puisse être effectuée dans un espace fermé et par une personne du même sexe soit regardé comme une cause de nullité de la mesure ». Ces remarques méritent approbation.

³³⁰³ V. aussi, l'article 60 *bis* du Code des douanes qui prévoit des dispositions similaires. Recourir à un médecin vise à préserver la dignité de la personne et sa santé malgré l'opération.

³³⁰⁴ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2359.

³³⁰⁵ J. BUISSON, L'acte (...), *op. cit.*, p. 820. Selon P. BRAY, in *La fouille corporelle*, Thèse, Dijon, 1930, p. 23, il s'agit d'une « palpation simplement extérieure, dans le but de révéler à l'intérieur du vêtement un objet de grosseur suffisante ou de forme caractéristique tel qu'une arme prohibée ».

³³⁰⁶ V. CA Paris, 12 janv. 1954, Rec. Dr. pénal, 1954, p. 71 ; CA Aix, 28 juin 1978, préc. ; Cass. crim., 27 sept. 1988, Gaz. pal., 1989, I, somm., p. 75, obs. J.-P. DOUCET ; Cass. crim., 31 mai 2011, Bull. crim., n°113, affirmant que « la fouille des vêtements, autorisée par l'article 60 du Code des douanes, ne peut être assimilée à une fouille à corps » (palpation de sécurité). Cette distinction est fondée sur le but de la mesure. *Adde*, déjà : P. BRAY, *op. cit.*, p. 64 à 68.

³³⁰⁷ M. PEDAMON, La fouille (...), *op. cit.*, n°13, p. 475 ; H. MATSOPOULOU, Les enquêtes (...), *op. cit.*, n°655, p. 543 ; M. HERZOG-EVANS, Fouilles corporelles (...), *op. cit.*, p. 736 à 738.

deux mesures possèdent davantage une différence de degré que de nature. C'est autoriser, sinon encourager, les O.P.J. à pratiquer largement ces palpations dans le silence de la loi³³⁰⁸. Il est vrai que les libertés individuelles s'avèrent peu entamées par cet acte, mais force est de reconnaître à nouveau, et de dénoncer, son absence de réglementation d'ensemble. Il faut en revanche se féliciter de l'adoption de l'article 63-6 du C.P.P. par la loi du 14 avril 2011 prévoyant la fouille de sécurité à laquelle la personne gardée à vue peut être soumise. Mesure accessoire à cet acte coercitif privatif de liberté, une telle fouille peut être effectuée contre le gré de l'individu, y compris en enquête préliminaire à la différence de la fouille judiciaire. Elle ne peut jamais être intégrale³³⁰⁹.

657. Les fouilles de véhicules semblent également ignorer en partie l'exigence de légalité de l'acte coercitif. La Cour de cassation a refusé d'assimiler le véhicule non destiné à l'habitation à un domicile. Elle a jugé que la demande d'ouverture du coffre d'une voiture ne revêt pas « le caractère d'une perquisition domiciliaire » et n'est par conséquent pas soumise « à toutes les restrictions pouvant résulter des articles 56 et suivants du Code de procédure pénale »³³¹⁰. Il en découle que si toutes les règles relatives aux perquisitions ne sont pas applicables à cet acte, certaines le sont *a contrario*. Contrairement à une perquisition domiciliaire, la fouille d'un véhicule peut être pratiquée de nuit comme la fouille à corps. Mais à l'instar de celle-ci, il paraît indispensable d'obtenir le consentement de l'automobiliste ou de son propriétaire pour procéder à une telle visite lors d'une enquête préliminaire³³¹¹. Pareille solution semble la seule compatible avec la réglementation partielle issue des lois du 15 novembre 2001 et du 18 mars 2003³³¹².

658. Ces lois ont prévu les hypothèses dans lesquelles les O.P.J., assistés d'A.P.J. le cas échéant, sont autorisés à visiter les véhicules³³¹³. Le législateur n'a pas fait preuve d'exhaustivité. N'ayant consacré que deux cas particuliers³³¹⁴, des interrogations subsistent. Le premier est prévu à l'article 78-2-2 du C.P.P. Ce texte offre au procureur de la République la possibilité de prendre des réquisitions écrites, comme en matière de contrôles d'identité, dans le but de rechercher et de poursuivre les

³³⁰⁸ Ces fouilles corporelles et palpations de sécurité sont opérées lors de missions de police judiciaire. Elles se distinguent des fouilles préventives relevant de la police administrative et pratiquées pour assurer la sécurité des personnes et des biens.

³³⁰⁹ V. F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2360-1.

³³¹⁰ Cass. crim., 8 nov. 1979, préc. (affaire *Trignol*), Bull. crim., n°311 ; Cass. crim., 22 juin 1994, Inédit, n°94-81842, qui reprend la même motivation. Ces arrêts s'inscrivent dans la lignée d'une jurisprudence ancienne : V. Cass. crim., 11 sept. 1933, Bull. crim., n°191.

³³¹¹ V. Cass. crim., 9 janv. 2002, Bull. crim., n°2 (solution implicite). Rapp., Cass. crim., 5 oct. 2011, Bull. crim., n°195, préc., s'agissant de l'ouverture d'une valise.

³³¹² F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2363, expliquant fort justement cette solution par le fait que « même s'il n'est pas un domicile, un véhicule est, au même titre qu'une poche de veste, une chambre ou un sac à main, un lieu privé et doit, à ce titre, bénéficier d'une protection contre les incursions de l'autorité publique ».

³³¹³ Ces dispositions ont été validées par le juge constitutionnel cette fois : C.C., 13 mars 2003, n°003-467 DC, préc., cons. 11 à 14. Il faut garder en mémoire la censure prononcée en 1977 : C.C., 12 janv. 1977, n°76-75 DC, préc.

³³¹⁴ Il convient de rester muet sur l'article 78-2-4 du C.P.P., ce texte n'intéressant que la police administrative.

infractions visées et se rattachant à la criminalité organisée³³¹⁵. Ces réquisitions permettent aux O.P.J. d'effectuer dans des lieux et pour une période de temps définis, dans la limite de vingt-quatre heures, la visite des véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public³³¹⁶. Le second cas est traité à l'article 78-2-3 du C.P.P. Il s'agit de la visite diligentée lorsqu'il existe à l'égard du conducteur ou d'un passager d'un véhicule en circulation ou à l'arrêt une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis, ou tenté de commettre, un crime ou un délit flagrant en qualité d'auteur ou de complice. La loi demeure muette en cas de fouille du véhicule opérée en enquête de flagrance sans que le conducteur ou le passager soit lui-même soupçonné d'avoir commis l'infraction sur laquelle porte les investigations³³¹⁷.

659. Elle ne paraît pas régler davantage les visites de véhicules menées en enquête préliminaire ou au cours d'une information. Dans les deux hypothèses, il faudrait faire application des dispositions de l'article 78-2-3 du C.P.P. L'assentiment du conducteur serait nécessaire lors d'une enquête préliminaire, eu égard à l'interdiction de recourir à la coercition dans ce cadre juridique en principe³³¹⁸. La légalité de cet acte coercitif serait ainsi assurée de manière insuffisante. Il convient de nuancer quelque peu ce propos. Les fouilles de véhicules sont prévues dans un chapitre autonome du Code de procédure pénale, après les enquêtes préliminaire et de flagrance. Ce sont donc des dispositions autonomes qui les régissent. Si le juge d'instruction peut prescrire d'opérer un contrôle d'identité sur commission rogatoire³³¹⁹, il peut autoriser la fouille coercitive d'un véhicule. En outre, les raisons plausibles de soupçonner que l'individu a commis ou tenté de commettre une infraction, mentionnées à l'article 78-2-3 du C.P.P., ne recouvrent pas forcément que le cadre de la flagrance. Cette condition existe aussi au cours d'une enquête préliminaire. En se fondant sur l'autonomie des dispositions qui le régissent, il serait possible de considérer la légalité de cet acte suffisamment assurée lors d'une telle enquête.

660. C'est lorsque l'acte coercitif consiste en une restriction ou privation de liberté que l'irrespect de sa légalité apparaît le plus choquant. Le droit positif admet des situations assez douteuses dans lesquelles des individus se voient retenus en l'absence de texte spécifique justifiant leur rétention³³²⁰. Ces pratiques pourraient être perçues comme incompatibles avec les principes constitutionnels qui

³³¹⁵ Une loi n°2011-266 du 14 mars 2011 relative à la lutte contre la prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs (J.O. du 15 mars 2011, p. 4577) a ajouté des infractions relatives à la prolifération de ces armes visées dans différents articles du Code de la défense.

³³¹⁶ La fouille des véhicules s'accompagne de contrôles d'identité. Ces réquisitions peuvent être renouvelées par décision expresse et motivée. V. J. BUISSON, Des contrôles d'identité requis aux fouilles requises, *Procédures*, 2002, chron. n°3. Sur cette situation, F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2364.

³³¹⁷ V. F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2366.

³³¹⁸ *Ibid.*

³³¹⁹ En ce sens : F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2228.

³³²⁰ Des détentions sans texte ont toujours existé. Faut-il rappeler que la vérification d'identité n'est pas prévue par le Code de procédure pénale avant l'adoption de la loi du 2 février 1981, dite Sécurité et liberté ? De même, la garde à vue ne fait l'objet d'aucune réglementation légale avant l'adoption du Code de procédure pénale en 1958. Enfin, la rétention pendant le déferement n'est apparue dans ce Code qu'avec la loi du 9 mars 2004.

prohibent les détentions arbitraires, en particulier l'article 66 de la Constitution. Elles pourraient aussi heurter les exigences conventionnelles. L'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pose « le principe de légalité en procédure, du moins pour les actes les plus coercitifs »³³²¹. Selon ce texte, la privation de liberté doit reposer sur l'un des cas énoncés et s'accomplir « selon les voies légales »³³²². La Cour européenne relie la prééminence du droit au droit à la liberté et à la sûreté³³²³. « Notion inhérente à l'ensemble des articles de la Convention »³³²⁴, celle-ci a pour objet la lutte contre l'arbitraire³³²⁵. Ainsi « dans une société démocratique adhérant à la prééminence du droit, une détention arbitraire ne peut jamais passer pour “régulière” »³³²⁶.

661. L'une de ces situations douteuses se manifeste avec l'exécution des opérations prévues aux articles L. 234-3 et suivants du Code de la route, organisant les vérifications destinées à établir la preuve de l'état alcoolique (ou de l'usage de stupéfiants) du conducteur d'un véhicule automobile. Elles s'opèrent soit au moyen d'analyses et examens médicaux, cliniques et biologiques (prise de sang), soit au moyen d'un appareil permettant de mesurer la concentration d'alcool par analyse de l'air expiré (éthylomètre)³³²⁷. Les O.P.J. ou A.P.J. retiennent le conducteur concerné durant les opérations de dépistage. Voilà une atteinte à la liberté d'aller et venir qui n'est pas expressément prévue par la loi. Il a été jugé, à cet égard, que la vérification de l'état alcoolique comporte le pouvoir de retenir l'intéressé pendant le temps strictement nécessaire à son exécution³³²⁸. Réaffirmée à plusieurs reprises³³²⁹, cette solution s'impose sans difficulté, selon la doctrine, « au regard de la lettre et de l'esprit des textes en cause »³³³⁰. En effet, « lorsque la loi confère à l'officier ou à l'agent de police

³³²¹ M. HERZOG-EVANS, Le principe de légalité (...), *op. cit.*, p. 6.

³³²² Art. 5 §1 de la Convention. Par ex., CEDH (Gr. ch.), 23 fév. 2012, *Creanga / Roumanie*, n°29226/03, §101 à 110 ; CEDH, 22 avril 2014, *Gavrilita / République de Moldova*, n°22741/06, §77 : « La détention non reconnue d'un individu constitue une négation totale des garanties fondamentales consacrées par l'article 5 de la Convention et une violation extrêmement grave de cette disposition ».

³³²³ Pour une étude de la notion : P. WACHSMANN, La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Recueil d'études à la mémoire de J. SCHWOB, Le droit des organisations internationales, Bruylant, 1997, p. 241 et s. Sur ce lien, F. SUDRE, Droits intangibles et/ou droits (...), *op. cit.*, n°12, p. 388 et les arrêts cités ; F. SUDRE, Le principe de la légalité (...), *op. cit.*, p. 347 et 348, soulignant que « sous couvert du principe de la prééminence du droit, auquel il se réfère (...) dans le domaine du droit à la liberté et à la sûreté, le juge européen a unifié la notion de “légalité” au sein de la Convention » ; G. COHEN-JONATHAN, Le rôle des principes (...), *op. cit.*, p. 193.

³³²⁴ CEDH, 25 juin 1996, *Amuur / France*, préc., spéc. §50. V. aussi, CEDH, 29 nov. 1988, *Brogan et autres / Royaume-Uni*, n°11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85, not. §58, précisant que la prééminence du droit forme « l'un des “principes fondamentaux” d'une “société démocratique”, auquel “se réfère expressément le préambule de la Convention” et “dont s'inspire la Convention toute entière” ».

³³²⁵ P. WACHSMANN, *op. cit.*, p. 260 et p. 263 et s.

³³²⁶ CEDH, 24 oct. 1979, *Winterwerp / Pays-Bas*, n°6301/73, §39.

³³²⁷ Art. L. 234-4, al. 3 du C. route. Pour la vérification par éthylomètre, V. les règles de l'article R. 234-4 du C. route. Pour la vérification par analyse de sang, pratiquée par un médecin, V. son déroulement décrit aux articles R. 3354-1 à R. 3354-22 du C.S.P.

³³²⁸ Cass. crim., 21 juin 2006, Bull. crim., n°192 ; Procédures, 2006, comm. n°219, note J. BUISSON ; V. LESCLIOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2007, chron. « un an de... » n°3, spéc. n°2.

³³²⁹ Cass. crim., 24 oct. 2007, Inédit, n°07-82310 ; Cass. crim., 11 déc. 2007, Inédit, n°06-87931 ; V. LESCLIOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2008, chron. « un an de... » n°7, spéc. n°3 et 5. *Adde*, Cass. crim., 22 oct. 2013, Bull. crim., n°194 (l'individu a été « remis » à un agent de police judiciaire de la police nationale).

³³³⁰ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op. cit.*, n°816.

judiciaire un pouvoir de contrainte par un titre exprès, il lui attribue logiquement, par un titre de contrainte implicite, le moyen d'exercer ce pouvoir, pour ne pas créer un vide juridique défini comme « une inadéquation entre la mission légalement impartie et les *moyens juridiques accordés* »³³³¹.

662. Le respect scrupuleux du principe de légalité aurait pourtant voulu que cette rétention soit mentionnée dans la loi. L'individu subit une atteinte importante à sa liberté d'aller et venir, comparable, en degré et en durée, à celle résultant d'une vérification d'identité³³³². Du point de vue de l'intensité, elle le prive de sa liberté à titre temporaire. Le conducteur du véhicule est emmené au commissariat ou à la gendarmerie pour se prêter aux opérations de contrôle de son alcoolémie. En cela, elle se différencie du simple contrôle d'identité diligenté dans la rue. Quant à sa durée, cette rétention peut s'avérer assez longue. Certaines espèces admettent un délai de plusieurs heures³³³³. Un autre argument appelle à sa légalisation³³³⁴. Sauf si les O.P.J. usent de la contrainte lors de l'interpellation du conducteur, ils ne sont pas tenus de le placer en garde à vue avant les vérifications de son état alcoolique³³³⁵. Celui-ci ne fait pas non plus nécessairement l'objet d'une telle mesure après leur réalisation³³³⁶. Pendant ces opérations l'individu est toutefois retenu contre son gré. Même s'il ne règle pas la question puisqu'il traite de la situation de la personne après les opérations de vérification, l'article L. 234-18 du Code de la route, issu de la loi du 14 avril 2011, reste bienvenu. D'après ce texte, « lorsqu'il a été procédé aux épreuves de dépistage et aux vérifications prévues par les articles L. 234-3 et L. 234-5, le placement en garde à vue de la personne, si les conditions de cette mesure prévue par le Code de procédure pénale sont réunies, n'est pas obligatoire dès lors qu'elle n'est pas tenue sous la contrainte de demeurer à la disposition des enquêteurs et qu'elle a été informée qu'elle peut à tout moment quitter les locaux de police ou de gendarmerie ».

663. Quoique n'appartenant pas à la procédure pénale au sens strict, un autre acte illustre les hypothèses discutables susévoquées. Susceptible de précéder un placement en garde à vue, une

³³³¹ *Ibid.* (les auteurs soulignent). Ils expliquent (n°814) que « dans notre ordonnancement juridique, le législateur régit rarement l'atteinte à une liberté qu'implique corrélativement le pouvoir de contrainte qu'il attribue expressément. Il ne le fait que lorsque le pouvoir de contrainte confié paraissant exorbitant du droit commun, il ressent le besoin, dans la perspective du contrôle de constitutionnalité, d'apporter toutes précisions destinées à un encadrement qui soit à la mesure du caractère exceptionnel de l'atteinte ». V. aussi, J. BUISSON, note sous Cass. crim., 21 juin 2006, Procédures, 2006, comm. n°219.

³³³² Prévue par l'article 78-3 du C.P.P.

³³³³ Cass. crim., 24 janv. 2007, Inédit, n°06-81901 ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2007, chron. préc., spéc. n°2. En l'espèce, la rétention a duré quatre heures. Cette durée est justement le délai maximum pendant lequel la personne faisant l'objet d'une vérification d'identité, peut être retenue.

³³³⁴ V. *contra* : S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op. cit.*, n°816, notant que « cette prévision implicite d'une contrainte ne soulève aucune difficulté juridique, constitutionnelle ou conventionnelle, sous l'angle des garanties dues au citoyen en ce qu'elle n'organise jamais que le complément, l'annexe, d'un pouvoir explicite (...). Il s'avère que le pouvoir de procéder à un dépistage comporte implicitement une restriction de liberté, tandis que celui d'entreprendre les vérifications commandées par un dépistage positif renferme implicitement une courte privation de liberté, avant même de savoir si l'intéressé sera placé en garde à vue ».

³³³⁵ Cass. crim., 21 juin 2006, préc. ; Cass. crim., 24 oct. 2007, préc. ; Cass. crim., 11 déc. 2007, préc.

³³³⁶ V. par ex., Cass. crim., 21 juin 2006, préc. ; Cass. crim., 24 oct. 2007, préc. ; *Adde*, V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2008, chron. préc., spéc. n°5.

rétenion semble méconnaître l'exigence de légalité en droit pénal douanier. Dans cette matière, la loi a octroyé aux agents des douanes de larges pouvoirs de contrôle des objets et des individus, mais ne traite pas du sort des intéressés lors du déroulement des opérations³³³⁷. La chambre criminelle a alors créé une rétenion en dehors de toute disposition expresse, laquelle se distingue de la retenue douanière³³³⁸, régie par l'ancien article 323 §3 du Code des douanes déclaré contraire à la Constitution³³³⁹, aujourd'hui par les articles 323-1 et suivants de ce Code créés par la loi du 14 avril 2011. Il a d'abord été jugé que la fouille des marchandises, des moyens de transport et des personnes, pratiquée sur le fondement de l'article 60 du Code des douanes, s'accompagne d'une rétenion strictement limitée à l'exécution de la visite et non au-delà³³⁴⁰. Mais la durée de réalisation de l'opération, cumulée au temps de rédaction du procès-verbal consécutif, implique parfois une mise à disposition de l'intéressé pendant plusieurs heures³³⁴¹. La Cour de cassation a donc essayé de l'encadrer au maximum, ce qui l'a conduit à adopter des motifs défailants dans certaines décisions³³⁴².

664. Puis, elle s'est véritablement affranchie de la légalité procédurale à propos des fouilles *in corpore* opérées en vertu de l'article 60 *bis* du Code des douanes. Selon ces dispositions légales, si la personne refuse de se soumettre aux examens médicaux de dépistage de produits stupéfiants, alors que des indices sérieux laissent présumer qu'elle en dissimule dans son organisme, les douaniers présentent une demande au président du tribunal de grande instance (ou au juge délégué par lui), en vue d'obtenir son autorisation pour faire procéder à ces examens. Ce texte ne précise nulle part que les agents ont la faculté de retenir l'intéressé contre son gré à compter de la saisine de ce magistrat et jusqu'à l'obtention de son accord éventuel. Cela n'a pourtant pas empêché la chambre criminelle de consacrer une nouvelle rétenion *praeter legem*³³⁴³. En dépit des garanties posées³³⁴⁴, il faudrait que le

³³³⁷ Sur ce constat, S. DETRAZ, La retenue douanière des personnes : une anomalie persistante de la procédure pénale, Dr. pénal, 2010, dossier, n°4, spéc. n°8.

³³³⁸ Avant sa réforme : S. DETRAZ, *op. cit.* ; D. SOULAS DE RUSSEL, La retenue des personnes pour délits de douane : une mesure mal connue de privation temporaire de liberté, R.P.D.P., 1999, p. 503 et s.

³³³⁹ C.C., Q.P.C., 22 sept. 2010, n°2010-32, *M. Samir M. et autres (Retenue douanière)*, J.O. du 23 sept. 2010, p. 17291 ; D., 2010, p. 2162 ; Dr. pénal, 2010, comm. n°131 ; Procédures, 2010, comm. n°390, obs. J. BUISSON ; C.-J. BERR, La retenue douanière, une copie à revoir, D., 2010, point de vue, p. 2301 et s. ; J. PANNIER, A propos de la retenue douanière, D., 2010, entretien, p. 2352.

³³⁴⁰ Cass. crim., 6 mai 1996, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°193, note J. BUISSON. L'auteur note que « les agents des douanes ne peuvent alors user que d'une "restriction de liberté" et non pas d'une "privation de liberté", au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ».

³³⁴¹ V. Cass. crim., 13 juin 1996, Bull. crim., n°252, s'agissant de la fouille d'un navire et de la rétenion du commandant de bord et de son équipage pendant vingt heures ; Cass. crim., 22 fév. 2006, Bull. crim., n°53, pour la fouille d'un manteau et d'un bagage à main ayant justifié la rétenion d'une personne pendant cinq heures trente ; Cass. crim., 28 nov. 2007, Inédit, n°07-86062, validant une rétenion de trois heures et trente minutes.

³³⁴² V. Cass. crim., 4 déc. 1997, Bull. crim., n°416 : « Attendu que si, hors le cas de flagrant délit, les agents de douanes ont la faculté, pour l'exercice de leur droit de visite des marchandises, des moyens de transport et des personnes, prévu par l'article 60 du Code des douanes, de garder ces personnes le temps nécessaire aux visites et à l'établissement du procès-verbal qui les constate, c'est à la condition qu'elles ne soient pas retenues contre leur gré et qu'elles ne fassent l'objet d'aucune mesure coercitive ». La motivation de l'arrêt est défailante : « littéralement, elle ne permet aux agents de garder les intéressés qu'à la condition qu'ils y consentent, même le temps strictement nécessaire à la visite et à l'établissement du procès-verbal » (S. DETRAZ, *op. cit.*, spéc. note n°21).

³³⁴³ Cass. crim., 30 juin 1999, Bull. crim., n°169 ; Dr. pénal, 2000, comm. n°11, note A. MARON.

législateur se décide à inscrire cette restriction de liberté dans la loi : l'absence de prévision légale engendre une indétermination de sa durée³³⁴⁵. L'exigence de légalité de l'acte coercitif demeure en définitive fragile. Son intangibilité apparaît relative. Si le souci de la manifestation de la vérité et l'efficacité du système pénal devant la montée de la criminalité amènent parfois « à mettre en sourdine le principe de légalité »³³⁴⁶, l'exigence de loyauté, également applicable à l'acte coercitif, paraît progresser depuis quelques années.

B – La loyauté de l'acte coercitif

665. Terme emprunté au langage courant, la « loyauté » se révèle très difficile à définir³³⁴⁷. Elle passionne pourtant la doctrine³³⁴⁸, qui l'a érigée au rang de principe directeur commun à toutes les procédures³³⁴⁹. Elle a été appréhendée, dans une étude classique, comme « une manière d'être de la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice »³³⁵⁰. Il a été souligné qu'elle possède une double fonction au regard de la manifestation de la vérité³³⁵¹. A défaut d'affirmation explicite dans les textes³³⁵², la loyauté semble émaner de la morale³³⁵³. Regardée comme un élément pondérateur³³⁵⁴ ou un droit fondamental en lien direct avec le droit à un procès équitable³³⁵⁵, cette exigence demeure applicable à l'acte coercitif. Si « une obligation absolue de

³³⁴⁴ *Ibid.* L'article 5 §2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme s'applique à la rétention opérée dans le cadre de l'article 60 *bis* du Code des douanes. V. cependant, Cass. crim., 28 nov. 2007, préc., où la procédure est validée alors que l'individu n'a pas reçu d'informations sur les raisons de son arrestation durant un délai de trois heures et trente minutes.

³³⁴⁵ Sur ce point, A. MARON, note sous Cass. crim., 30 juin 1999, Dr. pénal, 2000, comm. n°11.

³³⁴⁶ C. DI MARINO, *Investigations policières (...)*, *op. cit.*, p. 235.

³³⁴⁷ B. DE LAMY, *De la loyauté en procédure pénale. Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale*, Mélanges J. PRADEL, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 97 et s., spéc. p. 99 et 101, expliquant que la loyauté n'est pas définissable « avec les précisions qu'attend le droit » parce qu'elle « s'inscrit sur le terrain des valeurs, lesquelles, en raison de leur subjectivité, s'adressent à l'intuition et sont insaisissables par une définition pleinement satisfaisante pour l'esprit (...) ».

³³⁴⁸ V. parmi d'autres : L. AYNES, *L'obligation de loyauté*, Arch. phil. dr., 2000, t. 44, p. 195 et s. ; V. PERROCHEAU, *Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves*, Petites affiches, 2002, n°99, p. 6 et s.

³³⁴⁹ S. GUINCHARD, *Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire*, in *Clés pour le siècle*, Université Panthéon-Assas, Dalloz, 2000, p. 1135 et s., spéc. n°1286, p. 1184 ; M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2003, préf. S. GUINCHARD.

³³⁵⁰ P. BOUZAT, *La loyauté dans la recherche des preuves*, Recueil d'études en hommage à L. HUGUENEY, Paris, Sirey, 1964, p. 155 et s., spéc. n°20, p. 172.

³³⁵¹ V. A. LEBORGNE, *L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe*, R.T.D.civ., 1996, p. 535 et s., spéc. p. 549 ; H. HOUBRON, *Loyauté (...)*, *op. cit.*, n°72, p. 58 à 61.

³³⁵² Il n'apparaît ni dans la Constitution ni dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, ni dans la Charte des droits fondamentaux ni dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale. Selon un auteur, « la force de la loyauté se retourne contre elle : elle est inhérente au procès, au procès équitable, comme une évidence qui se suffit à elle-même » (M.-E. BOURSIER, *op. cit.*, n°803, p. 492). Certains appellent à une consécration légale de la loyauté dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale : P. BONFILS, J. LASSERRE-CAPDEVILLE, *Tentative de clarification de la loyauté de la preuve en matière pénale*, in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, Thèmes et commentaires, V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), p. 247 et s., spéc. n°22, p. 255 et 256.

³³⁵³ Sur ce point, B. DE LAMY, *op. cit.*, p. 98 ; M.-E. BOURSIER, *op. cit.*, n°522, p. 291 ; P. LEMOINE, *La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle)*, Rapport annuel de la Cour de cassation 2004, p. 141 et s., spéc. p. 142.

³³⁵⁴ P. BOUZAT, *op. cit.*, p. 157 ; B. DE LAMY, *op. cit.*, p. 102.

³³⁵⁵ M.-E. BOURSIER, *op. cit.*, n°801, p. 491.

loyauté » ne s'impose pas en procédure pénale, en particulier dans la recherche des preuves³³⁵⁶, la qualification d'acte coercitif emporte son application (1°). Sa généralisation à l'ensemble des actes de cette nature se comprend mieux sous ce regard (2°).

1°- Application de l'exigence en raison de la qualification d'acte coercitif

666. Le droit français consacre la liberté de la preuve des infractions³³⁵⁷. Il pose néanmoins un principe de loyauté dans la recherche et l'administration de celle-ci. En réalité, la chambre criminelle de la Cour de cassation distingue en fonction de celui qui l'administre : autorité publique ou simple particulier³³⁵⁸. L'agent public (magistrat instructeur, policier...) se voit interdire d'user de procédés déloyaux (ruses, stratagèmes...) et illégaux³³⁵⁹. Cette solution connaît des tempéraments³³⁶⁰. Mais seule la provocation à la preuve de l'infraction est permise ; la provocation à sa commission demeure interdite³³⁶¹. Bien que la Cour européenne réserve un sort différent à la violation de la loyauté³³⁶², elle

³³⁵⁶ S. GUINCHARD, Vers une démocratie procédurale, Justices, 1999, Ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans, Dalloz, 1999, p. 91 et s., spéc. p. 116 ; S. GUINCHARD, Les métamorphoses (...), *op. cit.*, n°1288, p. 1186.

³³⁵⁷ Art. 427 du C.P.P. ; E. MOLINA, La liberté de la preuve (...), *op. cit.*

³³⁵⁸ Cette distinction est propre à la chambre criminelle, car en matière civile toute atteinte à la loyauté dans la recherche ou l'administration de la preuve est sanctionnée. La preuve obtenue de manière illégale est écartée : V. Cass. civ. 2^{ème}, 7 oct. 2004, Bull. civ., II, n°447 ; D., 2005, jurisp., p. 122, note P. BONFILS ; A.J. pénal, 2005, jurisp., p. 30, obs. C.-S. ENDERLIN ; Cass. Ass. plén., 7 janv. 2011, D., 2011, p. 562, note F. FOURMENT.

³³⁵⁹ V. déjà, Cass. ch. réunies, 31 janv. 1888 (affaire *Wilson*), D., 1888, I, p. 73 ; S., 1889, I, p. 241.

³³⁶⁰ Il est classique d'affirmer que l'exigence de loyauté a plus de force lors de l'information qu'au stade de l'enquête de police. Les O.P.J. disposent d'une plus grande liberté d'action au cours de celle-ci, les droits de la défense étant plus sommaires : V. M. BLONDET, Les ruses et les artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire, J.C.P., 1958, I, 1419, n°2. En outre, des preuves déloyales apportées par un gendarme agissant dans l'exercice de ses fonctions (un enregistrement dissimulé) – autrement dit par une autorité publique – ont été jugées recevables, dès lors que cet enregistrement a été soumis à la libre discussion des parties et qu'il « ne constituait que l'un des éléments probatoires laissés à l'appréciation souveraine des juges » : Cass. crim., 13 oct. 2004, Bull. crim., n°243 ; A.J. pénal, 2004, jurisp., p. 451, obs. C.-S. ENDERLIN ; R.P.D.P., 2005, p. 410, obs. C. AMBROISE-CASTEROT.

³³⁶¹ Le stratagème policier doit uniquement servir à révéler la preuve d'une infraction qui aurait été commise en toute hypothèse, même sans leur intervention. La preuve est en revanche illégale si les enquêteurs provoquent la commission de l'infraction. Pour la recevabilité de pièces résultant d'une provocation à la preuve : Cass. crim., 22 avril 1992, Bull. crim., n°169, préc. ; Cass. crim., 8 juin 2005, Bull. crim., n°173 ; Cass. crim., 16 janv. 2008, Bull. crim., n°14 ; R.P.D.P., 2008, p. 385, obs. C. AMBROISE-CASTEROT et p. 861, obs. P. MAISTRE DU CHAMBON ; Procédures, 2008, comm. n°126, note J. BUISSON ; Cass. crim., 30 avril 2014, n°13-88162, E.C.P.B. ; A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 374, obs. P. DE COMBLES DE NAYVES ; Gaz. pal., 27-29 juill. 2014, n°208 à 210, p. 34, obs. F. FOURMENT. Pour l'irrecevabilité de pièces émanant d'une provocation à l'infraction : Cass. crim., 11 mai 2006, Bull. crim., n°132 ; R.P.D.P., 2006, p. 859, obs. P. MAISTRE DU CHAMBON ; A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 354, note E. VERGES ; Cass. crim., 9 août 2006, Procédures, 2006, comm. n°278, note J. BUISSON ; A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 510, obs. C. SAAS ; Cass. crim., 7 fév. 2007, Bull. crim., n°37 ; A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 233, obs. M.-E. C. ; R.P.D.P., 2007, p. 432, obs. D. CHILSTEIN et p. 673, obs. E. VERNY ; Procédures, 2007, comm. n°147, note J. BUISSON, qui vise les mêmes textes et le même principe ; Cass. crim., 4 juin 2008 (même affaire que Crim., 7 fév. 2007, préc.), A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 425, obs. S. LAVRIC ; Rev. sc. crim., 2008, p. 621, obs. J. FRANCILLON ; V. A. LEPAGE, Un an de droit pénal des nouvelles technologies, Dr. pénal, 2008, chron. « un an de... » n°10, spéc. n°59 et 60. Sur la question des provocations policières : P. MAISTRE DU CHAMBON, La régularité des provocations policières : l'évolution de la jurisprudence, J.C.P., 1989, I, 3422 ; V. aussi, les articles 706-35-1 et 706-47-3 du C.P.P., relatifs à l'infiltration numérique. Dans leur dernier alinéa, ces deux textes prévoient qu'« à peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre ces infractions ». V. A. LEPAGE, Un an de droit pénal des nouvelles technologies, Dr. pénal, 2007, chron. « un an de... » n°6, spéc. n°47. Il en va de même de l'article 706-81, al. 2 du C.P.P., concernant l'infiltration pour une infraction relevant de la criminalité organisée ; *Adde*, l'article 706-25-2 du C.P.P., ajouté par la LOPPSI 2 du 14 mars 2011 ; N.-M. HUR-VARIO, L'administration de la preuve pénale : de l'irrecevabilité à la valeur probatoire, R.P.D.P., 2012, p. 543 et s., spéc. p. 549.

³³⁶² Sur la différence de traitement en droit interne et en droit européen : F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°566. V. aussi, E. VERGES, Eléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 853 et s., spéc. p. 863.

statue également en ce sens³³⁶³. S'agissant des particuliers (personne mise en examen, partie civile, témoin ou même tiers à la procédure), la jurisprudence les affranchit de l'obligation de loyauté. Elle accepte les procédés déloyaux³³⁶⁴, voire illicites³³⁶⁵ sous réserve du respect du principe du contradictoire³³⁶⁶. Elle considère que le juge ne peut refuser de joindre au dossier cet « indice » ou « moyen de preuve » qui ne forme pas un acte d'information susceptible d'annulation³³⁶⁷. Sont, par exemple, recevables devant le juge répressif et ne peuvent pas être annulés les fichiers informatiques volés par un particulier puis saisis dans le cadre d'une perquisition domiciliaire dès lors que l'autorité publique n'est pas intervenue dans la confection ou l'obtention de ces moyens de preuve³³⁶⁸. Très critiquée³³⁶⁹, pareille position s'accorde à nouveau avec celle des juges de Strasbourg³³⁷⁰.

667. Cette qualification d'« indice de preuve », qui tend à disparaître³³⁷¹, semble incompatible avec celle d'acte coercitif. Celui-ci s'analyse bien comme un acte de procédure : il s'agit d'un acte de police

³³⁶³ V. CEDH, 9 juin 1998, *Teixeira de Castro / Portugal*, n°25829/94 ; J.C.P., 1999, I, 105, n°38, obs. F. SUDRE ; Rev. sc. crim., 1999, p. 401, obs. R. KOERING-JOULIN ; CEDH, 5 fév. 2008, *Ramanauskas / Lituanie*, n°74420/01 ; R.I.D.P., 2008, p. 214, obs. F. FOURMENT ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2009, chron. préc., spéc. n°25.

³³⁶⁴ Cass. crim., 11 fév. 1992, Bull. crim., n°66 ; Cass. crim., 6 avril 1994, Bull. crim., n°136 ; Cass. crim., 11 juin 2002, Bull. crim., n°131 ; Rev. sc. crim., 2002, p. 879, obs. J.-F. RENUCCI (« testing », procédé légalisé en 2006 à l'article 225-3-1 du C.P.) ; Cass. crim., 12 juin 2003, Procédures, 2003, comm. n°223, note J. BUISSON. V. Y. STRICKLER, La loyauté processuelle, in Principes de justice, Mélanges J.-F. BURGELIN, Dalloz, 2008, p. 355 et s., spéc. p. 368 et 369 (« testing »).

³³⁶⁵ Cass. crim., 6 avril 1993, J.C.P., 1993, II, 22144, note M.-L. RASSAT ; Cass. crim., 30 mars 1999, D., 2000, jurisp., p. 391, note T. GARE ; Cass. crim., 31 janv. 2007, Dr. pénal, 2007, comm. n°98, note M. VERON ; R.P.D.P., 2007, p. 385, obs. C. AMBROISE-CASTEROT (enregistrement d'une conversation téléphonique privée justifié par la nécessité de rapporter la preuve des faits et par les besoins de la défense de son auteur) ; Cass. crim., 27 janv. 2010, Procédures, 2010, comm. n°156, obs. A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Cass. crim., 31 janv. 2012, Bull. crim., n°27 ; Rev. sc. crim., 2012, p. 401, obs. X. SALVAT ; R.P.D.P., 2012, p. 157, obs. C. AMBROISE-CASTEROT ; Cass. crim., 7 mars 2012, Bull. crim., n°64 ; Procédures, 2012, comm. n°157, note A.-S. CHAVENT-LECLERE. La Cour de cassation a refusé de renvoyer au juge constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité fondée sur les articles 81, 97 et 427 du C.P.P., tels qu'interprétés par la chambre criminelle de manière constante : Cass. crim., 21 nov. 2012, Bull. crim., n°255.

³³⁶⁶ V. par ex., Cass. crim., 15 juin 1993, Bull. crim., n°210 ; D. DECHENAUD, La clandestinité (...), *op. cit.*, n°19, p. 224, précisant que « l'exercice du contradictoire est différé ». Sur l'ensemble de la question, Rapport de la Cour de cassation, 2012, Etude, partie 4, titre 2, chap. 2, section 2, §1, B.

³³⁶⁷ Cass. crim., 16 mars 1961, Bull. crim., n°172 ; J.C.P., 1961, II, 12157, note J. LARGUIER ; Cass. crim., 28 avril 1987, Bull. crim., n°173 ; Cass. crim., 23 juill. 1992, Bull. crim., n°274 ; Cass. crim., 15 juin 1993, préc. ; Cass. crim., 19 janv. 1999, J.C.P., 1999, II, 10156. Très divers, ces indices ou moyens de preuve consistent en des actes au sens strict, mais aussi en des lettres, pièces, documents, vidéos apportés par les parties privées.

³³⁶⁸ Cass. crim., 27 nov. 2013, Bull. crim., n°238 ; J.C.P., 2014, 139, note S. DETRAZ ; Dr. pénal, 2014, comm. n°29, note J.-H. ROBERT et comm. n°32, note A. MARON et M. HAAS ; Procédures, 2014, comm. n°25, note A.-S. CHAVENT-LECLERE. La particularité de cette affaire par rapport aux autres arrêts rendus consiste dans le fait qu'au lieu d'être remis ou produits par leur détenteur, les enregistrements numériques litigieux ont été saisis au cours d'une perquisition (S. DETRAZ, note préc. sur Cass. crim., 27 nov. 2013).

³³⁶⁹ V. not., M.-L. RASSAT, note sous Cass. crim., 6 avril 1993, J.C.P., 1993, II, 22144, qui, à propos de l'expression « indice de preuve », indique par exemple qu'elle est « dénuée de sens » ; D. REBUT, note sous Cass. crim., 19 janv. 1999, J.C.P., 1999, II, 10156, spéc. n°21 ; S. GUINCHARD, Les métamorphoses (...), *op. cit.*, n°1288, p. 1187 ; P. MAISTRE DU CHAMBON, note sous Cass. crim., 11 mai 2006, R.P.D.P., 2006, p. 859, spéc. p. 861 ; P. CONTE, La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ?, Dr. pénal, 2009, Etude n°8, spéc. n°5.

³³⁷⁰ V. CEDH, 12 juill. 1988, *Schenk / Suisse*, n°10862/84 ; Rev. sc. crim., 1988, p. 840, obs. L.-E. PETTITI et F. TEITGEN, spéc. §46, admettant que des preuves déloyales, obtenues illégalement, puissent être administrées en justice si elles respectent certaines conditions, comme celle du débat contradictoire ; CEDH, 12 mai 2000, *Khan / Royaume-Uni*, n°35394/97, préc. ; V. B. THELLIER DE PONCHEVILLE, La preuve illicite au regard de la Convention européenne des droits de l'homme (analyse de la recevabilité de la preuve illicite produite par un particulier au procès pénal), R.P.D.P., 2010, p. 537 et s., spéc. p. 542 à 551.

³³⁷¹ V. C. AMBROISE-CASTEROT, obs. sur Cass. crim., 31 janv. 2007, R.P.D.P., 2007, p. 385, spéc. p. 388, se réjouissant de la disparition « de cette expression à connotation Moyenâgeuse tant celle-ci était malencontreuse et regrettable ».

judiciaire, d'instruction ou de juridiction. Son exécution est réglementée par le Code de procédure pénale³³⁷² – ou devrait l'être dans tous les cas – et, sauf hypothèse spécifique prévue par ce Code³³⁷³, il est accompli par des O.P.J. ou des magistrats³³⁷⁴. Elle suppose donc le respect des formes énoncées par la loi. Dès lors les actes effectués par les personnes privées ne constituent pas des actes coercitifs. Ils n'obéissent à aucun formalisme. Non prévus par le Code de procédure pénale, ils s'apparentent plutôt à des voies de fait vu qu'ils peuvent revêtir un caractère déloyal, voire constituer une infraction pénale. De plus, le droit français n'octroie pas à de simples particuliers, sauf à titre très exceptionnel, le pouvoir de procéder à des mesures coercitives, telles des perquisitions, saisies, écoutes téléphoniques³³⁷⁵...

668. Il ne fait guère de doute que les investigations des personnes privées possèdent une nature différente³³⁷⁶. Comment pourrait-il en être autrement étant donné, d'une part, que la loi réserve en principe aux seuls magistrats et O.P.J. le recours aux actes coercitifs³³⁷⁷, d'autre part, que la jurisprudence évite d'attribuer par trop cette qualification en adoptant une vision restreinte de la notion³³⁷⁸ ? Le choix de refuser d'annuler les moyens de preuve déloyaux ou illicites rapportés par les parties privées ne se justifie pas, excepté peut-être lorsque ceux-ci s'avèrent nécessaires aux droits de la défense de la personne poursuivie³³⁷⁹. N'appartenant pas à cette catégorie, l'acte coercitif, acte de procédure, jouit d'un régime distinct, plus protecteur des libertés individuelles. Tout stratagème, artifice ou ruse qui l'affecte doit être sanctionné et entraîner sa nullité, car l'exigence de loyauté lui est applicable. Il n'y a donc rien d'étonnant à constater l'essor de cette exigence.

³³⁷² V. D. REBUT, note préc. sous Cass. crim., 19 janv. 1999, spéc. n°20.

³³⁷³ Art. 73 du C.P.P., notamment, autorisant « toute personne » à appréhender l'auteur d'un crime flagrant ou d'un délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement afin de le présenter à un O.P.J.

³³⁷⁴ En effet, « les actes de procédure (...), ce sont les diligences des juges ou des officiers de police judiciaire, non des lettres, pièces ou documents remis par les parties privées » : J. PRADEL, note sous Cass. crim., 23 juill. 1992, 6 avril 1993 et 11 juin 2002, in *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2013, n°16, p. 200, spéc. n°8, p. 206. Rapp., C. AMBROISE-CASTEROT, obs. sur Cass. crim., 31 janv. 2012, R.P.D.P., 2012, p. 157, spéc. p. 158.

³³⁷⁵ Dans le même sens : C. AMBROISE-CASTEROT, Recherche et administration des preuves (...), *op. cit.*, p. 267 ; J. BUISSON, note sous Cass. crim., 12 juin 2003, Procédures, 2003, comm. n°223.

³³⁷⁶ Pour preuve, la jurisprudence refuse de qualifier de perquisition ou d'écoute téléphonique certaines mesures pratiquées par des personnes privées : V. Cass. crim., 19 janv. 2000, Procédures, 2000, comm. n°155, note J. BUISSON (pas d'interception de correspondance émise par la voie des télécommunications au sens de l'article 8 de la Convention et 100 du C.P.P.) ; Cass. crim., 12 sept. 2000, Bull. crim., n°265 ; Rev. sc. crim., 2001, p. 405, obs. D.-N. COMMARET ; Cass. crim., 12 fév. 2008, préc., R.P.D.P., 2008, p. 381, obs. C. AMBROISE-CASTEROT (rejet de la qualification de perquisition pour une fouille réalisée dans un lieu clos par de simples particuliers sous le regard de policiers).

³³⁷⁷ Le Code de procédure pénale n'autorise pas un A.P.J. à décider d'un placement en garde à vue, à procéder à des écoutes téléphoniques, à opérer une perquisition, etc. Il assiste simplement l'O.P.J.

³³⁷⁸ V. Cass. crim., 2 avril 1997, Bull. crim., n°131 ; Rev. sc. crim., 1997, p. 858, obs. J.-P. DINTILHAC (absence d'interception de correspondance émise par la voie des télécommunications) ; Cass. crim., 6 mai 2002, Procédures, 2002, comm. n°191, note J. BUISSON, (refus de qualifier les investigations menées par les enquêteurs de la DNERF de perquisition) ; Cass. crim., 10 mars 2004 et Cass. crim., 14 sept. 2004, R.P.D.P., 2005, p. 416, obs. C. AMBROISE-CASTEROT. Adoptant une vision stricte de la saisie, la chambre criminelle juge qu'il n'y a pas saisie lorsque les enquêteurs se font remettre des documents demandés à une personne, qu'ils en font des photocopies et repartent ainsi avec des copies. *Adde*, Cass. crim., 12 fév. 2008, préc.

³³⁷⁹ Comme le laissent transparaitre certaines décisions : V. Cass. crim., 31 janv. 2007, préc. On aboutirait ainsi à « la solution de la quadrature du cercle » : P. CONTE, *op. cit.*, n°6 à 8.

2°- Généralisation de l'exigence à l'ensemble des actes coercitifs

669. Acquise dans son principe, l'application de la loyauté à l'acte coercitif suppose d'en fournir des illustrations significatives. Cette exigence irradie ces actes. Elle a été posée de longue date en matière d'interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications. Dans les célèbres affaires *Wilson*³³⁸⁰ et *Imbert*³³⁸¹ rendues sous l'empire du Code d'instruction criminelle, la Cour de cassation a censuré le recours aux écoutes judiciaires dans des circonstances révélant une déloyauté incompatible avec les règles de la procédure pénale et les garanties essentielles aux droits de la défense. Après l'adoption du Code de procédure pénale, elle a érigé l'absence d'artifice ou de stratagème³³⁸² et d'atteinte aux droits de la défense en conditions de validité de cet acte³³⁸³. La loi du 10 juillet 1991 est certes demeurée muette sur l'exigence de loyauté. La chambre criminelle a alors dû de nouveau sanctionner tout stratagème affectant les écoutes téléphoniques³³⁸⁴.

670. Les sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules imposent aussi le respect d'une certaine loyauté. La jurisprudence antérieure à leur légalisation en mars 2004 semble déjà l'indiquer³³⁸⁵. Elle s'est ensuite référée à ce principe, mais de façon implicite. Ainsi la chambre criminelle a rejeté un pourvoi fondé sur la déloyauté de la sonorisation du parloir d'une maison d'arrêt³³⁸⁶. La situation s'avère différente pour les enregistrements de propos ou de conversations au moyen d'un magnétophone dissimulé³³⁸⁷. Ce procédé soulève des difficultés patentes au regard de la légalité procédurale³³⁸⁸. La Cour européenne condamne d'ailleurs les Etats lorsque celui-ci n'est pas

³³⁸⁰ Cass. ch. réunies, 31 janv. 1888, préc. ; M. ROUSSELET, Les ruses et les artifices dans l'instruction criminelle, Rev. sc. crim., 1946, p. 50 et s.

³³⁸¹ Cass. crim., 12 juin 1952, J.C.P., 1952, II, 7241, note J. BROUCHOT.

³³⁸² Selon la jurisprudence, l'artifice ou le stratagème implique qu'il y ait recours à une ruse active, à un piège, à une provocation, menace ou promesse fallacieuse qui va inciter le correspondant à parler des faits en cause. L'écoute est illicite lorsque l'O.P.J. joue un rôle actif en parlant lui-même en occultant sa qualité ou bien en faisant parler l'interlocuteur du mis en examen ou du suspect tout en lui dictant ses propos.

³³⁸³ Cass. crim., 9 oct. 1980, *Tournet*, préc. ; Cass. Ass. plén., 24 nov. 1989, préc. ; Cass. crim., 15 mai 1990, préc. ; CA Caen (ch. acc.), 28 fév. 1990, D., 1990, somm., p. 378, obs. J. PRADEL. V. J. ROBERT, La Cour de cassation et les droits de l'homme, in Bicentenaire de la Cour de cassation, La documentation française, 1991, p. 149 et s., spéc. p. 153 et 154.

³³⁸⁴ Cass. crim., 27 fév. 1996 (affaire *Schuller-Maréchal*), Bull. crim., n°93 ; J.C.P., 1996, II, 22629, note M.-L. RASSAT ; Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°141, note J. BUISSON, évoquant un « stratagème ayant vicié la recherche et l'établissement de la vérité » et une « atteinte au principe de la loyauté des preuves ». En revanche, si le particulier agit seul et enregistre des appels téléphoniques malveillants, ces enregistrements peuvent être reçus comme élément de preuve vu qu'ils ne portent pas atteinte à la vie privée : Cass. crim., 13 juin 2001, Procédures, 2001, comm. n°202, note J. BUISSON. La Cour européenne sanctionne l'enregistrement de conversations téléphoniques par un particulier lorsqu'il n'aurait pas pu être accompli sans l'aide des autorités, notamment lorsque la police lui procure des moyens techniques : CEDH, 25 oct. 2007, *Van Vondel / Pays-Bas*, n°38258/03 (en anglais), R.I.D.P., 2008, p. 213, obs. C. MICHALSKI.

³³⁸⁵ V. Cass. crim., 23 nov. 1999, préc. (solution implicite) ; V. aussi, Cass. crim., 15 fév. 2000, préc., où les juges indiquent, dans une incidente, que la perquisition ordonnée « ne pouvait avoir d'autres fins que la recherche d'objets utiles à la manifestation de la vérité ». C'est considérer la sonorisation comme une mesure propre, qui ne peut venir se greffer sur une perquisition. En interdisant les détournements de procédure, elle soumet les autorités publiques au respect de la loyauté.

³³⁸⁶ Cass. crim., 1^{er} mars 2006, préc., R.P.D.P., 2006, p. 385, obs. C. AMBROISE-CASTEROT. Il ressort de l'arrêt que la sonorisation ne porte pas en elle-même atteinte au principe de loyauté et aux droits de la défense.

³³⁸⁷ Sur cet acte : E. MOLINA, La liberté (...), *op. cit.*, n°379 et s., p. 395 et s. et les références en note n°1922.

³³⁸⁸ Il n'est prévu et réglementé par aucun texte du Code de procédure pénale. L'audition des conversations privées constitue « le vrai problème de fond » : M.-L. RASSAT, note sous Cass. crim., 27 fév. 1996, J.C.P., 1996, II, 22629.

prévu par la loi³³⁸⁹. Portant atteinte à l'exigence de loyauté dans la recherche des preuves³³⁹⁰, l'enregistrement clandestin reste prohibé pour les O.P.J.³³⁹¹. Il est toutefois admis si le policier n'agit pas dans l'exercice de ses fonctions et demeure à titre personnel victime de l'infraction³³⁹². Un tel enregistrement a même été déclaré recevable dans l'affaire dite « des paillotes corses », alors qu'en l'espèce, les propos d'un préfet ont été captés par un gendarme qui n'était pas personnellement en charge de l'enquête mais avait été informé des faits en cause, un projet d'incendie en l'occurrence³³⁹³.

671. Il faut se garder de croire que l'obligation de loyauté se cantonne aux mesures opérant captation de propos ou de conversations. Elle intéresse des actes coercitifs dissemblables comme l'arrestation. Selon la Cour de Strasbourg, cette exigence s'applique au moment de l'arrestation³³⁹⁴, mais encore lors de l'exécution de la privation de liberté³³⁹⁵ et de la décision de libération³³⁹⁶. La Cour de cassation l'a consacrée en condamnant les arrestations pratiquées de façon déloyale. Celles-ci concernent le plus souvent des étrangers, en particulier lorsqu'il s'agit de vérifier l'absence de caractère frauduleux d'un mariage envisagé ou célébré avec un français ou lorsque l'intéressé est sommé de quitter le territoire. La jurisprudence examine si son interpellation procède d'une ruse (tromperie, stratagème...), auquel cas elle se révèle irrégulière. Seule une arrestation loyale est en effet admise³³⁹⁷. Cette qualité fait défaut si la convocation de l'étranger par les autorités publiques n'a été

³³⁸⁹ CEDH (Gr. ch.), 10 mars 2009, *Bykov / Russie*, n°4378/02, J.C.P., 2009, I, 143, n°13, obs. F. SUDRE ; R.I.D.P., 2009, p. 346, n°23, obs. C. MICHALSKI. L'emploi d'un appareil de radiotransmission, eu égard à la nature et au degré de l'intrusion, s'apparente aux écoutes téléphoniques (§79). Il y a donc violation de l'article 8 de la Convention (§83), car il manquait une réglementation spécifique à ce procédé fournissant des garanties adéquates contre les divers abus possibles (§80 à 82).

³³⁹⁰ Cass. crim., 16 déc. 1997, Bull. crim., n°427 ; Dr. pénal, 1998, comm. n°61, note A. MARON ; R.G.D.P., 1998, p. 327, obs. D. REBUT.

³³⁹¹ Alors que les enregistrements opérés par des particuliers, et par eux seuls, c'est-à-dire non à l'instigation d'un O.P.J., en dehors de toute interception de communication, sont admis et jugés recevables devant le juge pénal (Cass. crim., 18 fév. 1958, Bull. crim., n°163 ; Cass. crim., 6 avril 1993, préc.). Pour une appréciation critique de cette jurisprudence, J.-C. SAINT-PAU, *L'enregistrement clandestin d'une conversation*, Dr. pénal, 2008, Etude n°17, spéc. n°20.

³³⁹² Cass. crim., 19 janv. 1999, préc. Dans ce cas, l'enregistrement clandestin n'est pas un acte de procédure susceptible d'annulation, mais seulement un moyen de preuve soumis à la libre discussion des parties.

³³⁹³ Cass. crim., 13 oct. 2004, préc. Cet enregistrement est recevable dès lors qu'il a été « authentifié et soumis à la libre discussion des parties » et qu'il ne constitue « que l'un des éléments probatoires laissés à l'appréciation souveraine des juges ». Mais la portée de cette décision semble devoir être relativisée pour deux raisons : d'une part, il s'agit d'un simple arrêt de rejet (V. C. AMBROISE-CASTEROT, obs. sur Cass. crim., 13 oct. 2004, R.P.D.P., 2005, p. 410), d'autre part, le contexte de l'affaire était particulier : le gendarme avait effectué cet enregistrement pour se constituer une preuve au cas où sa responsabilité ou celle de ses subordonnés serait engagée (P. LEMOINE, *op. cit.*, p. 148). Cette solution reste tout de même contestable, elle apparaît opportuniste et fait fi de la légalité procédurale (V. J.-C. SAINT-PAU, *op. cit.*, spéc. n°28).

³³⁹⁴ CEDH, 5 fév. 2002, *Conka / Belgique*, n°51564/99, §42 ; J.C.P., 2002, I, 157, n°5, obs. F. SUDRE, pour une « petite ruse » de l'administration belge ayant trompé des personnes en situation irrégulière sur le but d'une convocation.

³³⁹⁵ CEDH, 18 déc. 1986, *Bozano / France*, n°9990/82, §60, relevant qu'« il s'agissait en réalité d'une mesure d'extradition déguisée, destinée à tourner l'avis défavorable que la chambre d'accusation (...) avait exprimé (...), et non d'une "détention" nécessaire dans le cadre normal d'une "procédure d'expulsion" » (violation de l'article 5 §1). Pour une absence d'atteinte au principe de bonne foi et à l'article 5 §1 : CEDH, 21 juin 2011, *Adamov / Suisse*, n°3052/06, §56 à 59 et §69 à 73.

³³⁹⁶ CEDH, 24 janv. 2008, *Riad et Idiab / Belgique*, n°29787/03 et 29810/03 ; J.C.P., 2008, I, 167, n°5 et 8, obs. F. SUDRE ; R.I.D.P., 2008, p. 207, obs. L. MORTET (le contournement volontaire de la décision de remise en liberté d'étrangers entraîne violation de l'article 5 §1).

³³⁹⁷ Par ex., Cass. civ. 2^{ème}, 25 janv. 2001, Inédit, n°99-50105 ; Cass. civ. 2^{ème}, 4 nov. 2004, Inédit, n°04-50022 ; V. surtout, Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2009, n°08-12166 et n°08-11252, Dr. pénal, 2009, comm. n°74, note A. MARON et M. HAAS.

qu'un prétexte pour l'appréhender. L'acte coercitif n'apparaît pas valable dans pareille hypothèse en raison de sa déloyauté manifeste³³⁹⁸.

672. En droit positif, l'exigence de loyauté gagne précisément tous les actes coercitifs. Ce principe irrigue l'ensemble de cette catégorie et en devient une constante intangible. La garde à vue et les contrôles d'identité l'attestent. Le recours à l'hypnose reste prohibé en procédure pénale. Hormis l'absence de prévision légale de ce procédé³³⁹⁹, celui-ci demeure d'ordinaire perçu comme une méthode consistant à « entamer la volonté ou la conscience d'une personne »³⁴⁰⁰. C'est pourquoi il reste interdit quel que soit le statut juridique de l'individu, simple témoin³⁴⁰¹ ou suspect³⁴⁰², peu importe qu'il ait consenti à cet acte³⁴⁰³. Il n'est donc pas permis d'interroger un gardé à vue sous hypnose³⁴⁰⁴. Les enquêteurs ne peuvent pas davantage transcrire des propos à son insu au cours de cette mesure. Effectuée dans ces conditions, la transcription constitue un « procédé déloyal » qui ne saurait être validé³⁴⁰⁵. En outre, la Cour de cassation prévient les détournements de procédure entachant les contrôles d'identité. Elle juge irréguliers ceux dépourvus de loyauté³⁴⁰⁶.

673. Dans un arrêt du 7 janvier 2014³⁴⁰⁷, la Haute juridiction a intensifié l'application du principe de loyauté à l'acte coercitif accompli en procédure pénale. Elle a cassé l'arrêt d'une chambre de l'instruction au visa de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, de l'article

³³⁹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 6 fév. 2007, Bull. civ. I, n°53 ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 2008, Bull. civ. I, n°181 ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2009, Dr. pénal, 2009, comm. n°74, note A. MARON et M. HAAS, pour le refus de valider l'interpellation d'un étranger en situation irrégulière, convoqué à la gendarmerie soi-disant pour un examen de son dossier de mariage, en réalité afin de l'appréhender pour délit de séjour irrégulier en France. La déloyauté de l'acte coercitif était patente, très proche de l'affaire *Conka*, préc. V. H. VLAMYNCK, La loyauté de la preuve au stade de l'enquête policière, A.J. pénal, 2014, dossier, p. 325 et s., spéc. p. 326.

³³⁹⁹ Ce qui constitue déjà un obstacle majeur à son admission : V. Cass. crim., 12 déc. 2000, Bull. crim., n°369, préc., au visa des articles 81, 101 à 109 du C.P.P.

³⁴⁰⁰ A. MARON, note sous Cass. crim., 12 déc. 2000, Dr. pénal, 2001, comm. n°38. Les auteurs semblent divisés sur l'hypnose. S'ils rejettent tous son utilisation à l'égard de la personne soupçonnée ou poursuivie (V. D. MAYER, J.-F. CHASSAING, note sous Cass. crim., 12 déc. 2000, D., 2001, jurisp., p. 1340, spéc. p. 1343 ; C. PUIGELIER, note sous Cass. crim., 12 déc. 2000, J.C.P., 2001, II, 10495), d'aucuns soutiennent que l'hypnose consentie du témoin ou de la victime pourrait entrer dans la catégorie des actes d'expertise (D. MAYER, J.-F. CHASSAING, note préc., p. 1342 et 1343. Nettement plus réservé, A. GIUDICELLI, obs. sur Cass. crim., 12 déc. 2000, Rev. sc. crim., 2001, p. 610, spéc. p. 612, évoquant les risques de dérives de l'hypnose).

³⁴⁰¹ V. Cass. crim., 12 déc. 2000, préc.

³⁴⁰² V. Cass. crim., 28 nov. 2001, Bull. crim., n°248.

³⁴⁰³ Cass. crim., 12 déc. 2000, préc.

³⁴⁰⁴ Cass. crim., 28 nov. 2001, préc., même si, en l'espèce, l'individu suspecté du meurtre de son épouse avait été placé sous hypnose avant son placement en garde à vue. Sur l'emploi – également interdit – de la narco-analyse (dit « sérum de vérité » par injection de penthotal), V. Trib. corr. Seine, 17^{ème} ch., 23 fév. 1949, J.C.P., 1949, II, 4786, note R. V.

³⁴⁰⁵ Cass. crim., 3 avril 2007, Bull. crim., n°102 ; A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 285, obs. G. ROYER (décision rendue au visa de l'article 62 du C.P.P. et dont la formulation reprend celle utilisée par Cass. crim., 16 déc. 1997, préc.) ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2008, chron. préc., spéc. n°9.

³⁴⁰⁶ V. Cass. crim., 3 mai 2007, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 329, obs. C. GIRAULT ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2010, D., 2010, act. jurisp., p. 444 ; Dr. pénal, 2010, comm. n°62, note A. MARON et M. HAAS.

³⁴⁰⁷ Cass. crim., 7 janv. 2014, Bull. crim., n°1 ; D., 2014, p. 85 et p. 407, note E. VERGES ; J.C.P., 2014, 272, note A. GALLOIS ; Gaz. pal., 11-13 mai 2014, n°131 à 133, p. 41, obs. F. FOURMENT ; Dr. pénal, 2014, comm. n°32, note A. MARON et M. HAAS ; Procédures, 2014, comm. n°83, note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Rev. sc. crim., 2014, p. 130, obs. J. DANET ; S. DETRAZ, Sonorisation d'une cellule de garde à vue : un stratagème qui vicie la recherche de la preuve, D., 2014, entretien, p. 264 ; A. BERGEAUD-WETTERWALD, Du bon usage du principe de loyauté des preuves ? (A propos de l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 7 janvier 2014), Dr. pénal, 2014, Etude n°7, préc.

préliminaire du Code de procédure pénale et du principe de loyauté des preuves et a affirmé que « porte atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de l'autorité publique ». A l'appui de sa censure, elle précise que « la conjugaison des mesures de garde à vue, du placement de MM. Y... et X... dans des cellules contiguës et de la sonorisation des locaux participait d'un stratagème constituant un procédé déloyal de recherche des preuves, lequel a amené M. X... à s'incriminer lui-même au cours de sa garde à vue ». Le stratagème, concept auquel on associe en général la ruse et la tromperie, était patent en l'espèce et aboutissait à une déloyauté certaine. Les gardés à vue avaient été placés exprès dans des cellules attenantes afin d'écouter leur conversation à leur insu et d'obtenir des aveux de participation à l'infraction, ce qui fut le cas pour l'un des co-gardés à vue³⁴⁰⁸. Peu importe alors que la garde à vue et la sonorisation soient en elles-mêmes régulières³⁴⁰⁹, leur combinaison a conduit le suspect à s'incriminer lui-même, partant à attenter à son libre arbitre³⁴¹⁰. Plus qu'un stratagème, il y avait bien un détournement, voire un contournement de procédure³⁴¹¹, malgré le refus de la chambre criminelle de censurer l'arrêt attaqué sur ce plan là.

674. Non seulement le principe de loyauté s'applique à l'acte coercitif, mais il apparaît appliqué de façon plutôt rigoureuse. Attentatoires aux libertés individuelles, les actes coercitifs supposent le respect de certaines exigences fondamentales. Ils contrastent avec les actes effectués par les personnes privées, lesquels ne constituent pas des actes coercitifs, sauf lorsqu'ils sont prévus par la loi (arrestation). Les particuliers peuvent, eux, procéder à des actes déloyaux, voire illicites, les juridictions pénales continuant à les admettre et à les juger recevables. Pour autant, il ne faut pas penser que l'acte coercitif bénéficie d'un régime exempt de tout reproche. Sa légalité fait parfois défaut, même si des progrès ont été réalisés sous la pression européenne. Légalité et loyauté ne sont pas les seules exigences générales applicables à cet acte. D'autres s'ajoutent et méritent d'être étudiées afin de mesurer leur intangibilité.

³⁴⁰⁸ En ce sens aussi, E. VERGES, note préc., spéc. p. 409 ; A.-S. CHAVENT-LECLERE, note préc. : « Tout se passe comme si l'absence de loyauté de la contrainte en général supplantait la légalité de chacune de ses manifestations ».

³⁴⁰⁹ Sur ce point, E. VERGES, note préc., p. 410, notant, à propos du double contrôle de licéité, que « la Cour de cassation impose aux preuves spéciales le respect des principes généraux en plus de celui des textes spéciaux ».

³⁴¹⁰ V. A. GALLOIS, note sous Cass. crim., 7 janv. 2014, J.C.P., 2014, 272 : « Si le raisonnement repose sur une logique arithmétique inédite en droit pénal (l'addition de plusieurs actes légaux produit un résultat déloyal), il renvoie à l'idée, présentes dans d'autres branches du droit, que des opérations isolément licites et simultanées peuvent révéler une fraude ». Sur l'atteinte au libre arbitre : A. BERGEAUD-WETTERWALD, *op. cit.*, n°22 et s.

³⁴¹¹ En ce sens : S. DETRAZ, *op. cit.*, p. 264 ; A. BERGEAUD-WETTERWALD, *op. cit.*, n°8 et n°27. Plus réservé sur la solution de la Cour de cassation : A. GALLOIS, note préc. : « Sachant qu'une procédure pénale n'est qu'une conjugaison d'actes et que la combinaison de plusieurs actes légaux peut caractériser un procédé déloyal, la Cour de cassation n'a-t-elle pas ouvert la boîte de Pandore, en allant de surcroît sur un terrain glissant, celui de la morale procédurale ? »

§2 – Nécessité et proportionnalité de l'acte coercitif

675. Il n'est pas question de reprendre les développements consacrés à la nécessité, laquelle doit être regardée comme le fondement de l'acte coercitif³⁴¹². Il convient juste de réaffirmer que les notions de nécessité et de proportionnalité se révèlent transversales, difficiles à définir et à séparer³⁴¹³. Un lien étroit les unit de sorte qu'elles s'avèrent très proches³⁴¹⁴. Les textes régissant la procédure pénale les relient justement. L'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen précise que « s'il est jugé indispensable de l'arrêter (le présumé innocent), toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi »³⁴¹⁵. Selon l'article préliminaire (III) du Code de procédure pénale, les mesures de contrainte dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet, doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure et proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée³⁴¹⁶.

676. Il semble néanmoins possible de procéder à une légère distinction entre les deux notions. Celles-ci ne se situeraient pas tout à fait sur le même plan. La nécessité intéresserait le principe de l'action – en la fondant, la légitimant –, la proportionnalité en concernerait plutôt les modalités³⁴¹⁷. Cette dernière implique l'adéquation des mesures coercitives au but à atteindre³⁴¹⁸. Elle renvoie à l'idée de rapport d'adéquation, de corrélation ou de juste équilibre³⁴¹⁹. L'acte coercitif doit rester proportionné à la gravité et à la complexité de l'infraction commise. Ce qui apparaît le plus intéressant

³⁴¹² V. *supra*, n°364 et s.

³⁴¹³ Sur cette difficulté : P. MOOR, *Systématique et illustration du principe de la proportionnalité*, Mélanges M. FROMONT, Les droits individuels et le juge en Europe, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 319 et s., spéc. p. 327.

³⁴¹⁴ Les auteurs le soulignent : V. X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica-PUAM, Science et droit administratifs, 1990, préf. C. DEBBASCH, not. p. 90 et 91 ; J.-C. SOYER, *La loi nationale et la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, spéc. n°38, p. 142 ; M. FROMONT, *Le principe de proportionnalité*, A.J.D.A., 1995, n° spécial, p. 156 et s., not. p. 159 ; C. COQUIN, *Le concept de proportionnalité en droit pénal*, Thèse, Poitiers, 2001, spéc. n°109, p. 70 et n°371 et s., p. 215 et s. ; A.-S. CHAVENT, *La proportionnalité et le droit pénal général*, *op. cit.*, n°179, p. 148, pour qui la nécessité forme « le préalable à la proportionnalité, sa condition *sine qua non* » ; P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, P.U.A.M., 2005, 2 tomes, préf. F. SUDRE, n°241 à 243, p. 186 à 188 ; M.-C. SORDINO, *De la proportionnalité en droit pénal*, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 711 et s., spéc. p. 716.

³⁴¹⁵ V. R. KOERING-JOULIN, J.-F. SEUVIC, *Droits fondamentaux (...)*, *op. cit.*, p. 118 ; G. CHETARD, *La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *Rev. sc. crim.*, 2013, p. 51 et s., spéc. p. 56 et 57.

³⁴¹⁶ Ce lien entre les deux notions existait déjà dans le rapport final sur la mise en état des affaires pénales de juin 1990, puisqu'il prévoyait s'agissant du neuvième principe, la proportionnalité, que « les mesures coercitives, privatives ou restrictives de liberté ou de droit, prises au cours de la procédure de mise en état en vertu de la loi, doivent être nécessaires et proportionnées au but d'intérêt général invoqué » : V. La mise en état des affaires pénales, *op. cit.*, p. 122.

³⁴¹⁷ V. M. GUIBAL, *De la proportionnalité*, A.J.D.A., 1978, p. 477 et s., spéc. p. 478 ; R. KOERING-JOULIN, J.-F. SEUVIC, *op. et loc. cit.*, évoquant la nécessité du prononcé de la mesure et la proportionnalité de sa durée.

³⁴¹⁸ V. La mise en état des affaires pénales, *op. et loc. cit.* ; R. KOERING-JOULIN, J.-F. SEUVIC, *op. cit.*, p. 116 : « La pesée de cette *nécessité* va se faire à l'aune de la *proportionnalité*, celle qui doit exister entre la mesure en cause et l'objectif à atteindre ».

³⁴¹⁹ En ce sens, F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°263 ; M. FROMONT, *op. cit.*, p. 165, concluant que ce principe est essentiellement « un principe de modération du pouvoir » ; P. MOOR, *op. cit.*, p. 336 ; P. MUZNY, *op. cit.*, n°206 et s., p. 162 et s. et n°298, p. 229 et 230 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, Rapport introductif, Petites affiches, 30 sept. 1998, p. 2 et s., spéc. p. 3, citant JELLINEK : « Le problème de la proportionnalité est de savoir si l'on n'a pas tiré sur des moineaux avec un canon ».

s'agissant de la proportionnalité, c'est le contrôle auquel elle donne lieu. Tous les juges vérifient l'adéquation de l'acte coercitif à l'objectif poursuivi : le juge européen bien sûr³⁴²⁰, mais également les juges constitutionnels et judiciaires. Son contrôle de proportionnalité empreinte donc des formes distinctes selon les cas. Il présente des disparités irréductibles (A). Il fait par ailleurs l'objet d'une intensification depuis quelques années. Mais celle-ci demeure encore perfectible (B).

A – Les disparités irréductibles du contrôle de proportionnalité

677. Ce contrôle est sans conteste « polymorphe »³⁴²¹. Deux raisons l'expliquent, l'une extrinsèque à l'acte coercitif, l'autre intrinsèque à lui. La première tient à l'auteur du contrôle de proportionnalité. Les différentes juridictions appelées à l'exercer ne pratiquent pas le même contrôle. La seconde émane de l'acte coercitif soumis à cet examen et à la gravité des infractions auxquelles il est censé apporter une réponse. L'acte comprend des degrés de coercition variables. La mise en parallèle de la fouille d'un véhicule et de la détention provisoire le montre bien. Le contrôle de proportionnalité des actes coercitifs varie dès lors en fonction de ceux-ci. A une différence de nature du contrôle exercé (1°) s'ajoute en somme une différence d'intensité (2°).

1°- Une différence de nature du contrôle exercé

678. Si le Conseil constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation vérifient que les actes coercitifs soient proportionnés aux délits (*lato sensu*), leur contrôle possède une nature dissemblable. Le juge constitutionnel examine pour sa part des normes, les lois déferées. Effectué en amont, ce contrôle demeure abstrait puisqu'il ne porte pas sur l'application de la loi à un cas d'espèce. Ainsi « toute loi comporte deux éléments : la définition d'un objectif, la détermination des moyens pour l'atteindre »³⁴²². Le « test de proportionnalité » concerne en réalité les moyens retenus par le législateur pour parvenir à son but³⁴²³. Ceux-ci sont mis en balance avec les droits et libertés de valeur constitutionnelle. Il s'agit de concilier des principes antagonistes³⁴²⁴, comme le rappelle la décision n°2004-492 du 2 mars 2004³⁴²⁵.

³⁴²⁰ V. par ex., CEDH, 16 déc. 1992, *Niemietz / Allemagne*, préc. ; R.T.D.H., 1993, p. 467, note P. LAMBERT, à propos d'une perquisition au cabinet d'un avocat jugée disproportionnée. Sur l'importance de la proportionnalité qui imprègne l'ensemble de la Convention : G. COHEN-JONATHAN, *Le rôle des principes (...)*, *op. cit.*, spéc. p. 194 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, préf. F. TULKENS et F. OST.

³⁴²¹ Selon le mot exact de V. GOESEL-LE BIHAN, *in* *Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel*, R.F.D.C., 1997, p. 227 et s., spéc. p. 241.

³⁴²² D. ROUSSEAU, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1993-1994*, R.D.P., 1995, p. 51 et s., not. p. 68.

³⁴²³ *Ibid.*

³⁴²⁴ Sur cette conciliation : D. TURPIN, *Le traitement des antinomies des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel*, *Droits*, n°2, 1985, p. 85 et s., spéc. p. 93 et 94 ; G. DRAGO, *La conciliation entre principes constitutionnels*, D., 1991, chron., p. 265 et s., spéc. p. 266 et 267 ; D. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 69 ; X. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 355 et s. et p. 422 et s. ; A.-S. CHAVENT, *op. cit.*, n°347 et s., p. 276 et s., soulignant que le Conseil « contrôle que chaque atteinte à un principe

679. Cette conciliation s'opère lorsque la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel prévoit un ou plusieurs actes coercitifs. Ces actes entament les libertés individuelles qui jouissent d'une protection constitutionnelle. Le Haut conseil vérifie si les atteintes portées à celles-ci ne sont pas excessives et, dans l'affirmative, exerce sa censure. Tout dépend alors de la finalité et de la gravité de l'acte en cause au regard du champ qui lui est accordé et des conditions et garanties entourant sa mise en œuvre. Il a censuré, par exemple, des dispositions relatives aux fouilles de véhicules³⁴²⁶, aux perquisitions fiscales³⁴²⁷, aux perquisitions et saisies menées de nuit en enquête préliminaire et au cours de l'information en matière de terrorisme³⁴²⁸, à la garde à vue et retenue des mineurs³⁴²⁹ ou à la captation d'images par des systèmes de vidéosurveillance dans des parties non ouvertes au public d'immeubles d'habitation³⁴³⁰. Il a, au contraire, jugé conformes à la Constitution celles relatives aux contrôles et vérifications d'identité³⁴³¹, à la prolongation de la garde à vue³⁴³², au mandat de dépôt³⁴³³, au prélèvement sanguin pratiqué sur un suspect afin de déterminer s'il n'est pas atteint d'une maladie sexuellement transmissible³⁴³⁴, aux perquisitions relevant de la criminalité organisée³⁴³⁵ ou aux sonorisations et fixations d'images³⁴³⁶.

680. Il ne faut pas se méprendre sur la nature du contrôle de proportionnalité exercé par le juge constitutionnel. Protecteur des droits et libertés, ce contrôle l'est assurément dans la mesure où il permet de sanctionner les actes coercitifs disproportionnés. Analysé comme un contrôle de

constitutionnel soit proportionnée, c'est-à-dire mesurée à l'aune des raisons qui favorisent la mise en avant d'un principe contradictoire » (n°356, p. 281).

³⁴²⁵ C.C., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, préc., cons. 4 et 76. V. déjà, C.C., 19-20 janv. 1981, n°80-127 DC, préc.

³⁴²⁶ C.C., 12 janv. 1977, n°76-75 DC, préc. ; C.C., 18 janv. 1995, n°94-352 DC, préc., cons. 19 et 20.

³⁴²⁷ C.C., 29 déc. 1983, n°83-164 DC, préc., cons. 28 à 30. V. X. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 357. Un an plus tard, le Conseil juge les perquisitions fiscales conformes à la Constitution, parce qu'elles sont entourées de garanties suffisantes cette fois : C.C., 29 déc. 1984, n°84-184 DC, *Loi de finances pour 1985*, J.O. du 30 déc. 1984, p. 4167, cons. 35.

³⁴²⁸ C.C., 16 juill. 1996, n°96-377 DC, préc., cons. 18 et 19. Ces opérations ont en revanche été déclarées constitutionnelles lorsqu'elles interviennent dans le cadre d'une enquête sur infraction flagrante (cons. 17). Elles sont alors dotées de garanties procédurales appropriées et, dans ces conditions, « le législateur n'a pas apporté une atteinte excessive au principe d'inviolabilité du domicile, eu égard aux nécessités de l'enquête en cas de flagrance ».

³⁴²⁹ C.C., 11 août 1993, n°93-326 DC, préc., cons. 26, 28 à 30 (censure fondée sur l'article 9 de la Déclaration de 1789, autrement dit rigueur non nécessaire). Par la suite, le législateur a pris davantage de précautions et le juge constitutionnel a admis la procédure de rétention du mineur âgé de dix à treize ans : C.C., 20 janv. 1994, n°93-334 DC, préc., cons. 20, 23 à 26 ; C.C., 29 août 2002, n°2002-461 DC, préc., cons. 33 à 38.

³⁴³⁰ C.C., 25 fév. 2010, n°2010-604 DC, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, J.O. du 3 mars 2010, p. 4312, cons. 20 à 23 (absence de garanties nécessaires à la protection de la vie privée des personnes).

³⁴³¹ C.C., 19-20 janv. 1981, préc., cons. 54, 56, 58 et 62 ; C.C., 5 août 1993, n°93-323 DC, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, J.O. du 7 août 1993, p. 11193, cons. 3, 5 et 6.

³⁴³² C.C., 3 sept. 1986, n°86-213 DC, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat*, J.O. du 5 sept. 1986, p. 10786, cons. 14 à 17 ; C.C., 2 mars 2004, préc., cons. 23 à 27.

³⁴³³ C.C., 8 déc. 2005, n°2005-527 DC, préc., cons. 2, 5 et 8, la mesure n'apparaissant pas excessive aux yeux du Conseil.

³⁴³⁴ C.C., 13 mars 2003, n°2003-467 DC, préc., cons. 47 à 51, considérant que « la contrainte à laquelle est soumise la personne concernée n'entraîne aucune rigueur qui ne serait pas nécessaire au regard des autres exigences constitutionnelles en cause (...) ».

³⁴³⁵ C.C., 2 mars 2004, préc., cons. 41 à 56. En enquête préliminaire ou de flagrance, comme dans le cadre de l'information, le législateur n'a pas porté une atteinte excessive au principe de l'inviolabilité du domicile.

³⁴³⁶ C.C., 2 mars 2004, préc., cons. 62 à 66.

l'adéquation et « un contrôle de la nécessité restreinte »³⁴³⁷, il ne se révèle pas toutefois très approfondi. Si le Conseil vérifie l'adaptation de la mesure prise – tant dans son champ d'application temporel que matériel – à l'objectif poursuivi (contrôle de l'adéquation), il ne recherche pas « s'il existe une mesure alternative moins restrictive du droit en cause », à la différence de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment en matière de détention provisoire³⁴³⁸. Il n'effectue pas non plus un contrôle de proportionnalité au sens strict³⁴³⁹. Ses réserves d'interprétation obligent certes les juges à veiller davantage à ce que les actes coercitifs restent proportionnés³⁴⁴⁰. Mais, en fin de compte, la portée de son intervention ne doit pas être exagérée, elle n'est pas une garantie absolue de leur proportionnalité.

681. De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme vérifie si les normes régissant les actes coercitifs³⁴⁴¹ prévoient des garanties adéquates et suffisantes³⁴⁴². Elle peut substituer sa propre appréciation à celle des Etats³⁴⁴³. Opéré en aval, son contrôle de proportionnalité, souvent fondé sur les articles 8 à 11 (§2) de la Convention, est concret car il porte surtout sur l'application de la norme³⁴⁴⁴. Il apparaît approfondi³⁴⁴⁵, malgré la marge nationale d'appréciation dont bénéficie l'Etat³⁴⁴⁶. Celle-ci demeure néanmoins « quasi nulle en matière d'atteinte à la liberté individuelle, d'inviolabilité du

³⁴³⁷ Selon l'expression du professeur GOESEL-LE BIHAN, *in* Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes, R.F.D.C., 2007, p. 269 et s., spéc. p. 291.

³⁴³⁸ V. GOESEL-LE BIHAN, *op. cit.*, p. 291 et 292 ; V. GOESEL-LE BIHAN, Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, C.C.C., 2007, n°22, p. 208 et s., spéc. p. 210 ; V. GOESEL-LE BIHAN, Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : Présentation générale, Petites affiches, 5 mars 2009, p. 62 et s. L'auteur explique qu'en droit français, « il suffit que la mesure adoptée n'excède pas ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi ». La nécessité peut donc être qualifiée de « "restreinte" » car elle intéresse uniquement la mesure adoptée, « le reste étant laissé à la libre appréciation du législateur ». Pour des explications : R. FRAISSE, Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité, Petites affiches, 5 mars 2009, p. 74 et s.

³⁴³⁹ En droit allemand ou communautaire, toute mesure restreignant un droit fondamental doit être proportionnée au sens strict, c'est-à-dire qu'« elle ne doit pas être, par les charges qu'elle crée, hors de proportion avec le résultat recherché » : V. GOESEL-LE BIHAN, *op. cit.*, p. 208 et 209.

³⁴⁴⁰ V. par ex., C.C., 5 août 1993, n°93-323 DC, préc., cons. 7 à 10 (contrôles d'identité) ; C.C., 11 août 1993, n°93-326 DC, préc., cons. 3 et 14 (garde à vue) ; C.C., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, préc., cons. 65 (sonorisation) et cons. 6 (réserve d'interprétation générale). Même si le juge constitutionnel a reconnu cet acte proportionné *in abstracto*, c'est donc au juge judiciaire de veiller au respect de la proportionnalité de l'acte coercitif, qu'il y procède lui-même ou qu'il en surveille l'exécution.

³⁴⁴¹ L'exigence de proportionnalité a en réalité un champ d'application très large, dépassant le cas des actes coercitifs, elle s'applique à toutes les limitations aux droits fondamentaux de la personne même si elles n'impliquent aucune coercition de l'autorité publique (celles qui affectent les droits procéduraux, limitant l'accès au tribunal, excluant un recours, etc) : F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°266.

³⁴⁴² V. par ex., CEDH, 24 juill. 2008, *André et autre / France*, n°18603/03, R.I.D.P., 2008, p. 468, n°21, obs. C. MICHALSKI ; J.C.P., 2009, I, 104, n°11, obs. F. SUDRE (violation de l'article 8 de la Convention, la visite domiciliaire et les saisies effectuées étant jugées disproportionnées par rapport au but visé).

³⁴⁴³ V. J.-C. SOYER, La loi nationale (...), *op. cit.*, n°38, p. 142.

³⁴⁴⁴ V. J. WALINE, L'influence des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit positif français, Mélanges G. COHEN-JONATHAN, vol. II, Bruyant, 2004, p. 1707 et s., spéc. p. 1710 à 1714.

³⁴⁴⁵ Comme en témoignent les arrêts : V. par ex., CEDH, 16 déc. 1992, *Niemietz / Allemagne*, préc., not. §37 (perquisition menée dans un cabinet d'avocat jugée disproportionnée) ; CEDH, 16 déc. 1997, *Camenzind / Suisse*, n°136/1996/755/954, §45 à 47 (perquisition jugée proportionnée) ; CEDH, 4 avril 2000, *Witold Litwa / Pologne*, n°26629/95, §78 à 80 (privation de liberté d'une personne en état d'ébriété).

³⁴⁴⁶ Pour une approche de cette marge d'appréciation : L. SERMET, Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : Présentation générale, Petites affiches, 5 mars 2009, p. 26 et s. ; Sur l'étendue de la marge nationale d'appréciation, V. CEDH (Gr. ch.), 10 avril 2007, *Evans / Royaume-Uni*, n°6339/05, spéc. §77.

domicile, de confidentialité des correspondances (...), la rigueur de la Cour ne variant guère selon les Etats concernés »³⁴⁴⁷. A la différence du Conseil constitutionnel, le juge européen procède à un contrôle entier de la nécessité de l'acte coercitif. C'est le cas en particulier de la détention provisoire, archétype de la mesure visée par la proportionnalité³⁴⁴⁸. Consacrant le principe de la subsidiarité de cette privation de liberté, il examine si des mesures alternatives moins contraignantes ne pouvaient pas être utilisées et si la détention a bien été adoptée en dernier recours³⁴⁴⁹. Elle doit se montrer indispensable au regard des circonstances³⁴⁵⁰.

682. Le contrôle de proportionnalité réalisé par les juridictions judiciaires semble, lui, loin d'être abouti³⁴⁵¹. Une explication logique à cette différence de contrôle existe pour la Cour de cassation. La chambre criminelle ne rejuge pas les faits, elle ne constitue pas un troisième degré de juridiction. Juge du droit, elle ne peut alors s'assurer de la proportionnalité des actes coercitifs de manière aussi rigoureuse que la Cour européenne. La nature de son contrôle étant différent, l'intensité de celui-ci varie également. Il tend tout de même à se développer. La chambre criminelle s'attache davantage aujourd'hui à ce que la motivation des juges du fond démontre la proportionnalité de l'acte coercitif accompli, telles la détention provisoire³⁴⁵², la perquisition dans une entreprise de presse, la sonorisation et la fixation d'images³⁴⁵³... En raison de sa nature diverse, ce contrôle varie déjà en degré. Un autre paramètre en fait encore fluctuer l'intensité.

2°- Une différence d'intensité du contrôle exercé

683. Applicable à tout acte coercitif, l'exigence de proportionnalité ne s'applique pas pour autant de façon uniforme à l'ensemble des actes de cette catégorie. Plus la mesure revêt un caractère coercitif, plus elle doit être nécessaire et proportionnée et plus elle doit faire l'objet d'un examen scrupuleux à ce titre. En clair, tous les actes coercitifs ne subissent pas le même contrôle de proportionnalité. L'arrestation peut nécessiter un recours à la force, le cas échéant, meurtrière. Dans certaines circonstances, il arrive en effet qu'elle attente au droit à la vie, droit premier garanti par

³⁴⁴⁷ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°269.

³⁴⁴⁸ En ce sens également, C. COQUIN, Le concept de proportionnalité (...), *op. cit.*, n°61, p. 43.

³⁴⁴⁹ CEDH, 18 mars 2008, *Ladent / Pologne*, n°11036/03 (en anglais), R.I.D.P., 2008, p. 206, obs. L. MORTET. Rapp., CEDH (Gr. ch.), 29 janv. 2008, *Saadi / Royaume-Uni*, n°13229/03, R.I.D.P., 2008, p. 205, obs. L. MORTET, bien qu'il s'agissait ici de la privation de liberté d'un étranger, demandeur d'asile ; CEDH, 15 oct. 2013, *Gutsanovi / Bulgarie*, n°34529/10, §160-166 ; Rev. sc. crim., 2014, p. 163 et p. 169, obs. D. ROETS ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, *chron. préc.*, not. n°6, 16, 19 et 29 ; P. BEAUVAIS, Les perquisitions sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme, R.P.D.P., 2014, p. 97 et s. Le juge européen opère un contrôle, même sur les détentions provisoires relativement courtes (118 jours en l'espèce).

³⁴⁵⁰ Sur ce point, P. MUZNY, *op. cit.*, n°249, p. 192 et les arrêts cités en note n°598.

³⁴⁵¹ Pour le constat, J.-B. SEUBE, Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : Présentation générale, *Petites affiches*, 5 mars 2009, p. 86 et s., qui évoque un contrôle « encore balbutiant ». Sur ce contrôle, en général, J.-P. GRIDEL, Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français, *Petites affiches*, 5 mars 2009, p. 113 et s.

³⁴⁵² Pour un refus de mise en liberté fondé sur l'article 627-9, al. 2 du C.P.P. : Cass. crim., 4 janv. 2011, Bull. crim., n°1 (individu poursuivi des chefs de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité par la Cour pénale internationale).

³⁴⁵³ V. F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°270.

l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³⁴⁵⁴. Susceptible d'aller jusqu'à l'emploi des armes, l'usage de la force doit être rendu « absolument nécessaire » lors de l'arrestation (ou pour empêcher une évasion comme l'envisage le texte) pour que la mort ne soit pas regardée comme infligée en violation de ce texte³⁴⁵⁵.

684. Afin de pallier les risques d'abus, la Cour européenne des droits de l'homme a encadré ce recours à la force. Il doit s'avérer absolument nécessaire en toute hypothèse. Il convient de surcroît d'adopter un critère de nécessité plus strict et impérieux que celui d'ordinaire retenu pour déterminer si l'intervention de l'Etat est nécessaire dans une société démocratique au sens du deuxième paragraphe des articles 8 à 11 de la Convention³⁴⁵⁶. La Cour de cassation consacre pareils principes. Elle pose que « si, aux termes de l'article 73 du Code de procédure pénale, toute personne est investie du pouvoir d'appréhender l'auteur présumé d'une infraction flagrante et de le conduire devant l'officier de police judiciaire le plus proche, l'usage, à cette fin, de la force doit être nécessaire et proportionné aux conditions de l'arrestation »³⁴⁵⁷. Une solution analogue prévaut lorsqu'un gendarme use de son arme à feu dans le but d'immobiliser un véhicule, auparavant en application de l'article 174 du décret du 20 mai 1903 relatif à l'organisation de la gendarmerie, aujourd'hui de l'article L. 2338-3 du Code de la défense³⁴⁵⁸.

³⁴⁵⁴ Pour l'affirmation du caractère premier de ce droit : CEDH, 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz / Allemagne*, n°34044/96, 35532/97 et 44801/98, § 94, Rev. sc. crim., 2001, p. 639, obs. F. MASSIAS. L'article 2 de la Convention s'applique même s'il n'y a pas eu décès de la personne, mais dès l'instant où la force employée était potentiellement meurtrière : V. CEDH, 14 juin 2011, *Trévalec / Belgique*, n°30812/07, §§55 à 61. Sur le droit à la vie en droit européen, F. TULKENS, Le droit à la vie et le champ des obligations des Etats dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, Mélanges G. COHEN-JONATHAN, vol. II, Bruylant, 2004, p. 1605 et s.

³⁴⁵⁵ Art. 2 §2, b de la Convention. V. CEDH (Gr. ch.), 24 mars 2011, *Giuliani et Gaggio / Italie*, n°23458/02 ; R.P.D.P., 2011, p. 447, obs. C.-L. POPESCU (non violation de l'article 2 dans son volet matériel).

³⁴⁵⁶ CEDH, 27 sept. 1995, *Mc Cann et autres / Royaume-Uni*, n°18984/91, § 149 ; J.C.P., 1996, I, 3910, n°11, obs. F. SUDRE ; Rev. sc. crim., 1996, p. 462, obs. R. KOERING-JOULIN ; CEDH, 9 oct. 2007, *Saoud / France*, n°9375/02 ; J.C.P., 2008, I, 110, n°2, obs. F. SUDRE ; J.C.P., 2008, II, 10012, note J.-B. THIERRY ; R.I.D.P., 2008, p. 215, obs. C. MICHALSKI. En l'espèce, une technique d'immobilisation au sol (« *decubitus ventral* ») avait entraîné la mort de l'individu par asphyxie ; CEDH, 4 nov. 2008, *Evrin Öktem / Turquie*, n°9207/03, §45 ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2009, chron. préc., spéc. n°2 ; CEDH, 29 mars 2011, *Alikaj et autres / Italie*, n°47357/08, §61 à 77, pour un coup de feu mortel lors d'une arrestation entraînant la violation de l'article 2 de la Convention ; CEDH, 14 avril 2009, *Olteanu / Roumanie*, n°71090/01, §63 et s. (violation de l'article 3 de la Convention pour recours excessif à la force au cours d'une arrestation) ; CEDH, 17 avril 2014, *Guerdner et autres / France*, n°68780/10 ; A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 359, obs. G. ROUSSEL ; J.C.P., 2014, 562, obs. B. PASTRE-BELDA ; J.C.P., 2014, 832, spéc. n°2, obs. F. SUDRE (violation de l'article 2, car il a été fait recours à une force potentiellement meurtrière « manifestement excessive », le suspect qui tentait de s'échapper des locaux de garde à vue était entravé et ne constituait pas une réelle menace au moment des faits, d'autres actions moins attentatoires à l'intégrité pouvant être déployées). La position de la Cour ajoute donc deux conditions à la fuite : la menace réelle pour autrui et la gravité de l'infraction dont est soupçonné le fuyard (V. G. ROUSSEL, obs. préc.).

³⁴⁵⁷ Cass. crim., 13 avril 2005, D., 2005, jurispr., p. 2920, note J.-L. LENNON ; Procédures, 2005, comm. n°215, note J. BUISSON ; Rev. sc. crim., 2006, p. 419, obs. J. BUISSON ; Cass. crim., 28 mars 2006, Bull. crim., n°88 ; A.J. pénal, 2006, jurispr., p. 371, obs. P. R. La condition de proportionnalité relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

³⁴⁵⁸ Cass. crim., 18 fév. 2003, Procédures, 2003, comm. n°99, note J. BUISSON ; F. DEBOVE, Carton jaune pour les bleus ! (commentaire de l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 18 février 2003), Dr. pénal, 2003, chron. n°22, précisant que « cette exigence de stricte proportionnalité constitue une innovation juridique en ce sens qu'elle fait l'objet désormais d'un contrôle juridictionnel. Mais, sur le fond, elle renvoie à une éthique professionnelle éprouvée de longue date » ; Cass. crim., 12 mars 2013, Bull. crim., n°63 (usage de l'arme de service « absolument nécessaire »). Dans son arrêt *Guerdner et autres / France* du 17 avril 2014, préc., la Cour européenne a délivré un brevet de conventionnalité au droit français et notamment à cet article L. 2338-3 du Code de la défense (appréciation *in abstracto*). Elle a en outre estimé que l'enquête menée par les services de l'inspection technique de la gendarmerie répondait aux exigences d'indépendance (§83). La Cour de cassation a enfin refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité

685. L'exigence de proportionnalité apparaît également renforcée lorsque l'acte coercitif affecte la liberté individuelle. L'article 78-3 du C.P.P. envisage le cas où la personne est soumise à une vérification de son identité. Dans son troisième alinéa, ce texte précise qu'elle « ne peut être retenue que pendant le temps strictement exigé par l'établissement de son identité ». La détention provisoire doit, pour sa part, revêtir un caractère exceptionnel en raison de sa gravité et de l'atteinte qu'elle occasionne à la présomption d'innocence³⁴⁵⁹. Il est impératif qu'elle se fonde, tout comme sa prolongation, sur l'un des cas prévus par la loi. Ce motif doit encore justifier sa stricte nécessité³⁴⁶⁰. A défaut, il s'agit d'une privation de liberté arbitraire³⁴⁶¹. Selon l'article 144 du C.P.P., cette mesure ne peut être ordonnée ou prolongée que si elle constitue « l'unique moyen » de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs visés par ce texte³⁴⁶². Le juge pénal a en plus l'obligation d'établir que ceux-ci ne sauraient être atteints par l'adoption du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence avec surveillance électronique³⁴⁶³. C'est dire qu'il doit vérifier la nécessité et la proportionnalité de la détention par rapport aux conditions légales³⁴⁶⁴.

686. Le grief généré par cette mesure suppose de veiller à ce qu'elle reste proportionnée à la gravité des infractions. Cette mission incombe au premier chef au législateur lorsqu'il conçoit les règles de procédure pénale. Il ne saurait prévoir le recours à la détention pour une simple contravention. En effet, une telle disposition porterait une atteinte disproportionnée à la sûreté personnelle. Le juge pénal devrait alors constater pareille disproportion et écarter la règle légale eu égard à la violation de l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³⁴⁶⁵. D'un autre côté, la Cour européenne fait preuve de vigilance lorsqu'elle exerce son contrôle de proportionnalité

relative à l'article L. 2338-3, al. 4 du Code de la défense, dès lors que « le droit pour les gendarmes de faire usage de leur arme, notamment quand ils ne peuvent immobiliser autrement les véhicules (...), n'est reconnu par le juge judiciaire que lorsque les circonstances de l'espèce rendent cet usage absolument nécessaire » : Cass. crim., 1^{er} avril 2014, Inédit, n°13-85519 ; J.C.P., 2014, chron., 880, n°13, obs. B. MATHIEU.

³⁴⁵⁹ Art. 9 de la Déclaration de 1789, 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, 137 et 144 du C.P.P.

³⁴⁶⁰ Art. 5 §1 c) de la Convention précitée. En vertu de ce texte, un individu ne peut être privé de liberté que « s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ».

³⁴⁶¹ Sur ce point, J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen (...), op. cit.*, n°242, p. 302 et 303 ; A. PENA, *Sûreté personnelle (...), op. cit.*, p. 696, 697 et 699, notant que « l'absence de caractère arbitraire d'une privation de liberté dépend de l'existence d'une nécessité avérée à sa mise en œuvre » et la Cour européenne exige « une adéquation entre la mesure privative de liberté et le motif qui la fonde ».

³⁴⁶² Il s'agit de conserver les preuves, protéger la personne mise en examen, assurer son maintien à la disposition de la justice, mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public, etc.

³⁴⁶³ Art. 144 du C.P.P. Sur la subsidiarité de la détention provisoire en droit européen, c'est-à-dire la recherche de solutions alternatives à cet acte coercitif : CEDH, 26 avril 2011, *Tinner / Suisse*, n°59301/08 et 8439/09, §58 à 60.

³⁴⁶⁴ Il a été indiqué que la motivation est « largement abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond » en matière de détention provisoire. La question étant mêlée de fait et de droit, le contrôle exercé par la Cour de cassation sur les décisions de placement ou maintien en détention « demeure relativement réduit ». Ce sont les chambres de l'instruction qui assurent « le contrôle plein et entier » : F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°274.

³⁴⁶⁵ V. d'ailleurs, CEDH, 19 mai 2004, *R.L. et M.-J.D. / France*, n°44568/98, §87 et s., où l'arrestation du requérant pour tapage nocturne, simple contravention punie d'une peine d'amende, a été jugée disproportionnée. Mais la Cour ne se réfère pas expressément au principe de proportionnalité.

sur la durée de la détention provisoire³⁴⁶⁶. L'examen est complet puisqu'elle scrute l'un après l'autre les motifs avancés par les juridictions nationales pour justifier le maintien de la mesure. Ces dernières doivent « examiner toutes les circonstances de nature à révéler ou écarter l'existence d'une exigence d'intérêt public justifiant, eu égard à la présomption d'innocence, une exception à la règle du respect de la liberté individuelle et d'en rendre compte dans leurs décisions relatives aux demandes d'élargissement »³⁴⁶⁷.

687. D'après la jurisprudence européenne, la condition *sine qua non* de la régularité du maintien en détention est la persistance de raisons plausibles de soupçonner la personne arrêtée d'avoir commis l'infraction en question. Mais cette condition ne suffit plus au bout d'un certain temps. « La Cour doit alors établir si les autres motifs adoptés par les autorités judiciaires continuent à légitimer la privation de liberté » ; et s'ils restent « pertinents » et « suffisants », elle recherche en plus si les autorités nationales ont mené la procédure avec « une diligence particulière »³⁴⁶⁸. Ce contrôle très détaillé la conduit souvent à considérer que la détention provisoire du requérant a revêtu une durée excessive³⁴⁶⁹. Elle écarte de la sorte les motifs trop généraux et exige une motivation précise et concrète. Il n'empêche que la Cour européenne se montre plus compréhensive (elle « allège » en quelque sorte son contrôle de proportionnalité sur la durée de la détention) lorsque l'infraction présente un caractère grave et spécifique, qu'elle relève de la criminalité organisée, notamment de type mafieux et qu'elle implique des membres présumés de la mafia ou des personnes soupçonnées d'entretenir des liens avec cette organisation³⁴⁷⁰.

688. Sans doute l'intensité du contrôle de proportionnalité dépend de la gravité de l'acte coercitif accompli. Plus il entame les libertés individuelles, plus il doit faire l'objet d'un examen approfondi. Mais celle-ci varie aussi selon la gravité et la complexité des infractions commises. Lorsque le délit apparaît grave ou complexe, il semble logique que le contrôle soit renforcé, car ce genre d'infraction appelle, en règle générale, une réponse très dynamique et coercitive de la part des autorités publiques. Or tel n'est pas toujours le cas en droit français, comme l'atteste le traitement procédural du terrorisme et, plus largement, de la délinquance organisée. Dans le rapport final sur la mise en état des affaires

³⁴⁶⁶ Et d'autant plus lorsque la mesure concerne un mineur : V. CEDH, 6 juin 2008, *Nart / Turquie*, n°20817/04 (en anglais), R.I.D.P., 2008, p. 466, n°18, obs. L. MORTET (violation de l'article 5 §3 de la Convention en raison de la durée de la détention provisoire de quarante-huit jours d'un mineur).

³⁴⁶⁷ V. CEDH, 31 mai 2005, *Dumont-Maliverg / France*, n°57547/00 et 68591/01, §59 ; CEDH, 26 sept. 2006, *Gérard Bernard / France*, n°27678/02, §37 ; CEDH, 3 oct. 2013, *Vosgien / France*, n°12430/11, §46 ; Procédures, 2013, comm. n°356, note (approbative) A.-S. CHAVENT-LECLERE ; A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 36, obs. S. LAVRIC.

³⁴⁶⁸ CEDH, 31 mai 2005, *Dumont-Maliverg / France*, préc., §60 ; CEDH, 26 sept. 2006, *Gérard Bernard / France*, préc., §37 ; CEDH, 3 oct. 2013, *Vosgien / France*, §47.

³⁴⁶⁹ C'était le cas dans les trois espèces précitées. A titre d'exemple, dans l'affaire *Gérard Bernard*, la Cour conclut que « pour être conforme à la Convention, la longueur de la privation de liberté subie par le requérant eût dû reposer sur des justifications des plus convaincantes. Or il ressort des développements précédents que la pertinence initiale des motifs retenus par les juridictions d'instruction à l'appui de leurs décisions relatives au maintien de l'intéressé en détention ne résiste pas à l'épreuve du temps (durée excessive, violation de l'article 5 §3 de la Convention).

³⁴⁷⁰ V. CEDH, 24 août 1998, *Contrada / Italie*, n°92/1997/876/1088, not. §66 à 68 ; CEDH, 6 nov. 2003, *Pantano / Italie*, n°60851/00, not. §69 à 71, 74 et 75. Dans les deux affaires, la violation de l'article 5 §3 de la Convention n'est pas retenue.

pénales, la commission Justice pénale et droits de l'homme avait déjà relevé l'importance de tenir compte de l'existence d'une « *criminalité professionnelle organisée en réseaux*, parfois internationaux (trafic de stupéfiants, terrorisme organisé, proxénétisme organisé, grand banditisme, association de “technobandits” en matière informatique, réseaux de blanchiment des fonds d'origine délictueuse, etc), dans la détermination des règles concernant la garde à vue, les perquisitions et les écoutes téléphoniques »³⁴⁷¹.

689. Il est normal que la justice pénale bénéficie de moyens adéquats à la lutte contre ces formes de délinquance particulières. Elle doit disposer de la coercition adaptée à la résolution de ces affaires. A cet égard, il demeure évident que plus les besoins de l'ordre public sont élevés, plus les atteintes portées aux libertés individuelles sont importantes : perquisitions de nuit autorisées, gardes à vues allongées, écoutes téléphoniques étendues au stade des enquêtes de police, sonorisations et fixations d'images permises³⁴⁷² ... Dans sa décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004, le Conseil constitutionnel s'est assuré que le législateur a entouré ces actes très coercitifs de garanties procédurales appropriées³⁴⁷³. Il les a admis parce qu'ils ont vocation à s'appliquer aux seuls faits présentant « des éléments de gravité suffisants »³⁴⁷⁴ et non à toute infraction pénale³⁴⁷⁵.

690. Cependant, les articles 706-73 et 706-74 du C.P.P. recensent bon nombre d'infractions pour lesquelles ces mesures coercitives peuvent être exécutées dès lors qu'elles relèvent de la criminalité et délinquance organisées. A un champ d'application étendu de ces procédures, s'ajoute un manque de garanties pour les personnes concernées. Il reste surprenant que plus les infractions sont graves, moins l'intéressé bénéficie de garanties en procédure pénale. Les droits de la défense subissent des entorses considérables puisque l'entretien avec un avocat est repoussé lorsque la personne est gardée à vue pour une infraction relevant de l'article 706-73 du C.P.P.³⁴⁷⁶. La gravité de la menace prime. Or cela devrait être l'inverse. Plus l'infraction reprochée au suspect est grave, plus il devrait jouir de garanties et notamment du droit de se défendre. Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge constitutionnel

³⁴⁷¹ Rapport final sur la mise en état des affaires pénales (juin 1990), *op. cit.*, p. 123.

³⁴⁷² Sur l'idée, V. A. PENA, *Sûreté personnelle (...)*, *op. cit.*, p. 699.

³⁴⁷³ L'exemple des perquisitions est significatif : C.C., 2 mars 2004, préc., cons. 41 à 56. V. aussi, C.C., 16 juill. 1996, n°96-377 DC, préc., cons. 16 à 18. Les actes présentant une nature coercitive moins forte sont soumis, quant à eux, à un contrôle de proportionnalité réduit.

³⁴⁷⁴ V. C.C., 2 mars 2004, préc., cons. 17, à propos du vol commis en bande organisée qui ne trouve sa place dans la liste des infractions énoncées à l'article 706-73 du C.P.P. que « s'il présente des éléments de gravité suffisants pour justifier les mesures dérogatoires en matière de procédure pénale prévues à l'article 1^{er} de la loi déferée ».

³⁴⁷⁵ Dans une réserve d'interprétation générale, le Conseil considère que « si le législateur peut prévoir des mesures d'investigation spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, c'est sous réserve que ces mesures soient conduites dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, et que les restrictions qu'elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité, **proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises** et n'introduisent pas de discriminations injustifiées » (C.C., 2 mars 2004, cons. 6).

³⁴⁷⁶ Art. 706-88, al. 6 et 7 du C.P.P., dans sa rédaction issue de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011. L'article 706-88 du C.P.P. a été déclaré conforme à la Constitution : C.C., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, préc., cons. 23 à 27 ; C.C., Q.P.C., 22 sept. 2010, n°2010-31, *M. Bulent A. et autres (Garde à vue terrorisme)*, J.O. du 23 sept. 2010, p. 17290, cons. 4 ; D., 2010, act., p. 2162, obs. L. PRIOU-ALIBERT.

sur les actes coercitifs s'avère donc restreint lorsqu'il intéresse des infractions graves ou complexes³⁴⁷⁷. Comme il l'a été justement écrit, « on a presque l'impression qu'en matière de terrorisme, le but est jugé tellement important que seules certaines restrictions très excessives et l'absence de garanties procédurales seront censurées »³⁴⁷⁸. Même s'il tend à s'intensifier, le contrôle de proportionnalité de l'acte coercitif n'a pas encore atteint son apogée.

B – L'intensification perfectible du contrôle de proportionnalité

691. De manière globale, ce contrôle s'accroît depuis quelques années. L'amplification des droits fondamentaux contribue à ce processus³⁴⁷⁹. Leur développement suppose de vérifier si les actes coercitifs ne leur portent pas des atteintes disproportionnées. Mais les différents juges, appelés à pratiquer un tel contrôle, l'exercent-ils tous avec la même intensité ? La question mérite d'être posée au vu des jurisprudences constitutionnelle, européenne et judiciaire. Si sous l'impulsion du juge européen, le juge judiciaire français a réalisé des progrès en la matière (1°), le Conseil constitutionnel semble, lui, peu sensible à cette évolution. Ses décisions reflètent plutôt la timidité de son contrôle (2°). Aussi, l'intensification du contrôle de proportionnalité opéré sur l'acte coercitif demeure perfectible.

1°- Progrès du contrôle exercé par les juges européens et judiciaires

692. La Cour européenne des droits de l'homme n'est pas hostile à ce que les Etats exécutent des actes coercitifs. Elle admet le recours à ces « ingérences » dans l'exercice des droits et libertés conférés par la Convention, à condition qu'elles restent nécessaires et proportionnées³⁴⁸⁰. Au fil du temps, elle a accentué son contrôle de proportionnalité à leur égard. S'inspirant de cette évolution, le juge judiciaire français œuvre également en ce sens. Les perquisitions et saisies offrent une bonne illustration de l'intensité de ce contrôle.

³⁴⁷⁷ La Cour européenne semble aussi faire preuve de pragmatisme à ce sujet. Outre ses arrêts précités sur les infractions mettant en cause la mafia, elle insiste sur les garanties procédurales qui encadrent les actes coercitifs et adapte ses exigences de proportionnalité à la défense de la démocratie : V. CEDH, 25 nov. 1997, *Zana / Turquie*, n°69/1996/688/880, spéc. §55.

³⁴⁷⁸ C. GREWE, R. KOERING-JOULIN, De la légalité de l'infraction terroriste à la proportionnalité des mesures antiterroristes, Mélanges G. COHEN-JONATHAN, Bruylant, 2004, vol. II, p. 891 et s., spéc. p. 915, ajoutant que « le contrôle devient alors plus abstrait qu'il ne l'est dans d'autres domaines et s'articule autour de l'importance du but, de l'étendue des atteintes et des garanties prévues ». Sur la question, O. DE SCHUTTER, La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme, R.U.D.H., 2001, p. 185 et s.

³⁴⁷⁹ Sur ce lien, J.-P. MARGUENAUD, Conclusions générales, in Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, Petites affiches, 5 mars 2009, p. 119 et s.

³⁴⁸⁰ CEDH, 17 juill. 2007, *Kucera / Slovaquie*, n°48666/99 (en anglais), §121 ; R.I.D.P., 2007, p. 260, obs. C. MICHALSKI, où une visite domiciliaire matinale par des forces spéciales a été jugée disproportionnée, la remise d'une convocation ne nécessitant pas d'entrer dans le domicile.

693. Qu'elles soient effectuées dans le cabinet d'un avocat³⁴⁸¹, au siège social d'une société ou dans l'une de ses agences ou ses locaux professionnels³⁴⁸², au domicile d'un particulier³⁴⁸³, qu'elles visent à prouver une infraction de droit commun ou s'inscrivent dans le cadre d'une procédure douanière³⁴⁸⁴ ou fiscale³⁴⁸⁵, ces mesures sont soumises à un véritable examen de proportionnalité. Le juge européen s'assure que la législation et la pratique fournissent aux individus des « "garanties adéquates et suffisantes contre les abus" »³⁴⁸⁶. La motivation de ses décisions est éloquente³⁴⁸⁷, comme en témoigne l'arrêt *Gutsanovi*³⁴⁸⁸. Dans cette espèce, la perquisition menée de manière « musclée » (opérée très tôt le matin par des agents cagoulés et armés, entrés de force dans le domicile des requérants) a même constitué un traitement dégradant pour la femme et les deux filles mineures de M. *Gutsanov*, ainsi que pour ce dernier, entraînant la violation de l'article 3 de la Convention³⁴⁸⁹. Au-delà de son reproche relatif au déroulement de l'acte coercitif, la Cour européenne confirme sa position plus exigeante en matière de perquisition : « la légalité des ingérences étatiques dans le droit au respect du domicile oblige désormais les Etats parties à prévoir l'intervention d'un juge qui soit, au mieux, chargé d'autoriser préalablement la perquisition ou, au minimum, chargé d'en contrôler *a posteriori* la régularité de manière effective »³⁴⁹⁰. Elle va encore jusqu'à apprécier la subsidiarité des perquisitions lorsqu'elles affectent les sources journalistiques, élément essentiel de la liberté de la presse³⁴⁹¹.

694. Le juge pénal français contrôle aussi leur nécessité et leur proportionnalité. Si cette première condition se caractérise surtout « par ce lien entre la personne ou le lieu concernés et le dossier de l'enquête »³⁴⁹², la seconde se vérifie « par l'étendue de la perquisition ou de la saisie qui doit être également mesurée en fonction du lien précité »³⁴⁹³. Parce qu'elles sont susceptibles d'entraver la liberté de l'information, liberté fondamentale, les perquisitions et saisies réalisées dans une entreprise

³⁴⁸¹ CEDH, 16 déc. 1992, *Niemietz / Allemagne*, préc.

³⁴⁸² CEDH, 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres / France*, n°37971/97, spéc. §41 ; D., 2003, somm. comm., p. 1541, obs. A. LEPAGE ; J.C.P., 2002, I, 105, n°15, obs. F. SUDRE.

³⁴⁸³ CEDH, 16 déc. 1997, *Camenzind / Suisse*, préc. ; CEDH, 25 fév. 2003, *Roemen et Schmit / Luxembourg*, n°51772/99 ; J.C.P., 2003, I, 160, n°13, obs. F. SUDRE. Il s'agissait d'une perquisition diligente au domicile d'un journaliste.

³⁴⁸⁴ CEDH, 25 fév. 1993, *Funke / France*, n°10588/83 ; J.C.P., 1993, II, 22073, note R. GARNON et A. GARNON ; CEDH, 25 fév. 1993, *Crémieux / France*, n°11471/85 ; CEDH, 25 fév. 1993, *Miailhe / France*, n°12661/87 ; J.C.P., 1994, I, 3472, n°29, obs. F. SUDRE. Sur ces arrêts : S. JACOPIN, La réception par les lois pénales (...), *op. cit.*, spéc. n°11.

³⁴⁸⁵ CEDH, 16 oct. 2008, *Maschino / France*, n°10447/03.

³⁴⁸⁶ CEDH, 16 déc. 1997, *Camenzind / Suisse*, préc., §45. V. aussi, respectivement, les §56, 39 et 37 des arrêts *Funke*, *Crémieux* et *Miailhe*, préc. (ce dernier souligne le caractère « massif et surtout indifférencié » des pièces saisies au §39).

³⁴⁸⁷ Elle est générale et commune aux affaires *Funke* (§57), *Crémieux* (§40) et *Miailhe* (§38) et conduit à constater la violation de l'article 8 de la Convention dans les trois espèces. *Adde*, CEDH, 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres / France*, préc., §49 et CEDH, 16 oct. 2008, *Maschino / France*, préc., §31 à 35.

³⁴⁸⁸ CEDH, 15 oct. 2013, *Gutsanovi / Bulgarie*, préc., §220 à 227.

³⁴⁸⁹ §125 et s. de l'arrêt, spéc. §136 et 137 pour le cas de M. *Gutsanov*.

³⁴⁹⁰ P. BEAUVAIS, Les perquisitions sous le contrôle (...), *op. cit.*, p. 101.

³⁴⁹¹ CEDH, 25 fév. 2003, *Roemen et Schmit / Luxembourg*, préc., §56. Il ressort aussi de l'arrêt que « des perquisitions ayant pour objet de découvrir la source d'un journaliste constituent – même si elles restent sans résultat – un acte plus grave qu'une sommation de divulgation de l'identité de la source » (§57), comme c'était le cas dans l'affaire *Goodwin* (CEDH, Gr. ch., 27 mars 1996, *Goodwin / Royaume-Uni*, n°16/1994/463/544 ; J.C.P., 1997, I, 4000, n°39, obs. F. SUDRE).

³⁴⁹² V. par ex., Cass. crim., 27 janv. 1987, Bull. crim., n°41 ; Cass. crim., 16 déc. 2009, Procédures, 2010, comm. n°163, obs. J. BUISSON.

³⁴⁹³ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op. cit.*, n°900.

de presse font, là encore, l'objet d'un contrôle très strict en droit interne³⁴⁹⁴. Celles diligentées en matière fiscale subissent sans doute un examen moins rigoureux³⁴⁹⁵. Afin d'éviter des conséquences disproportionnées pour les entreprises, le législateur a par ailleurs prévu que les saisies de données informatiques peuvent être opérées au moyen d'une copie du disque dur³⁴⁹⁶. En cas d'appréhension matérielle du support de stockage, celles-ci se verraient privées de leur outil de travail, ce qui pourrait les paralyser et donc les affaiblir sur le plan économique et financier³⁴⁹⁷.

695. L'intensification notable du contrôle de proportionnalité intéresse d'autres coercitifs que les perquisitions et saisies. Les mesures restrictives ou privatives de liberté apparaissent, de ce point de vue, davantage surveillées aujourd'hui. Un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 15 mai 2009³⁴⁹⁸ témoigne de cette réalité. Au visa des articles préliminaire, 122 et 171 du C.P.P., la chambre de l'instruction a annulé le mandat d'amener délivré par un juge d'instruction contre le directeur de publication d'un journal, à la suite d'un article supposé diffamatoire paru sur le site internet du quotidien. Elle a considéré que « l'interpellation à 6 heures 45 de Vittorio de F. à son domicile et sa conduite immédiate devant le juge d'instruction dans des conditions de contrainte inhérentes à tout exercice de la force publique n'étaient pas strictement nécessaires à la poursuite de l'instruction, ni proportionnées à la gravité de l'infraction »³⁴⁹⁹.

696. Seul un contrôle maximal de proportionnalité exercé sur les actes coercitifs privatifs de liberté permet de limiter les risques de détentions arbitraires. La Cour européenne des droits de l'homme l'a bien compris, puisqu'elle impose aux Etats d'effectuer cet examen et ne se gêne pas pour le pratiquer elle-même. Comme elle se plaît à le répéter, l'arrestation d'un individu sur le fondement de l'article 5 §1 c) de la Convention doit reposer sur des soupçons plausibles. Leur existence « présuppose celle de faits ou renseignements propres à persuader un observateur objectif que l'individu en cause peut avoir accompli l'infraction. Ce qui peut passer pour "plausible" dépend toutefois de l'ensemble des

³⁴⁹⁴ Cass. crim., 5 déc. 2000, préc., Dr. pénal, 2001, comm. n°81, note A. MARON ; Cass. crim., 30 oct. 2006, préc., Bull. crim., n°258 ; Cass. crim., 4 déc. 2007, préc., Procédures, 2008, comm. n°59, note J. BUISSON ; Cass. crim., 25 fév. 2014, Bull. crim., n°54, préc.

³⁴⁹⁵ Comme en témoigne la motivation assez elliptique de Cass. com., 8 déc. 2009, Bull. civ., IV, n°162 ; V. F. PERROTIN, Réforme des visites domiciliaires : le premier arrêt, Petites affiches, 21 déc. 2009, p. 3 et s.

³⁴⁹⁶ Art. 56, al. 5, 76 et 97, al. 3 du C.P.P. Sur les perquisitions et saisies de données informatiques : M. QUEMENER, Les spécificités (...), *op. cit.*, p. 65 ; C. MICHALSKI, La recherche et la saisie (...), *op. cit.*, p. 12 et s.

³⁴⁹⁷ Sur la question, E. CAMOUS, Les saisies en procédure pénale : un régime juridique éparpillé, Dr. pénal, 2010, Etude n°5, spéc. n°11.

³⁴⁹⁸ CA Paris, 4^{ème} ch. instr., 15 mai 2009, RG n°2008/06790, Inédit ; C. BIGOT, Un an de droit processuel de la presse, Comm. com. électr., 2010, chron. « un an de... » n°3, spéc. n°12 ; O. MOUYSET, Un an de droit pénal de la presse, Dr. pénal, 2010, chron. « un an de... » n°5, spéc. n°15.

³⁴⁹⁹ Il a été noté, avec justesse, qu'« outre le nécessaire respect des garanties légales qui entourent la délivrance d'un mandat d'amener (C.P.P., art. 122), le juge d'instruction aurait dû s'assurer également, au regard de la motivation de l'arrêt rendu par la chambre de l'instruction, que la coercition procédant de cet acte d'instruction constituait, non seulement le seul moyen de poursuivre l'instruction, mais encore une mesure adaptée à la gravité de l'infraction (de presse) qui était reprochée » (O. MOUYSET, chron. préc., n°15).

circonstances »³⁵⁰⁰. En raison de la gravité du grief qu'elle génère à l'individu, toute privation de liberté doit revêtir un caractère subsidiaire. Elle ne peut être décidée qu'en dernier recours, uniquement lorsque d'autres mesures moins sévères ont été jugées insuffisantes pour parvenir au but escompté, en l'occurrence sauvegarder l'intérêt public³⁵⁰¹. Elle s'apprécie en outre à partir de la situation concrète de l'intéressé et de plusieurs critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée³⁵⁰².

697. Le juge européen veille à ce que la détention provisoire, exception à la règle de la liberté individuelle, reste en toutes circonstances nécessaire et proportionnée. Il s'assure du respect de l'ensemble des conditions afférentes à la mesure. Il vérifie l'existence de la condition *sine qua non* de la régularité du maintien en détention³⁵⁰³, ainsi que des deux conditions complémentaires³⁵⁰⁴. Un contrôle sur la durée de cette privation de liberté est alors opéré³⁵⁰⁵. Mais le contrôle de proportionnalité inclut surtout celui de la nécessité de l'acte coercitif, un véritable examen de sa subsidiarité. Il faut que la détention soit employée en dernier recours, lorsque les mesures alternatives moins contraignantes, comme le contrôle judiciaire et l'assignation à résidence, s'avèrent insuffisantes. L'absence de recherche par le juge interne de ces alternatives apparaît comme un élément prépondérant pour conclure à la disproportion, tant au stade du placement en détention provisoire³⁵⁰⁶ qu'au moment de son maintien³⁵⁰⁷. Toutefois, la Cour européenne ne procède pas encore

³⁵⁰⁰ CEDH, 30 août 1990, *Fox, Campbell et Hartley / Royaume-Uni*, préc., §32 ; CEDH, 9 mars 2006, *Svipsta / Lettonie*, n°66820/01, §79, ajoutant que « les faits donnant naissance à des soupçons ne doivent pas être du même niveau que ceux nécessaires pour justifier une condamnation ou même pour porter une accusation, ce qui intervient dans une phase suivante de la procédure pénale ». Certains arrêts se sont cependant montrés timides quant au contrôle de ces « raisons plausibles » de soupçonner une personne d'avoir commis une infraction : V. CEDH, 28 oct. 1994, *Murray / Royaume-Uni*, n°14310/88, §50 à 63 ; CEDH, 24 nov. 1994, *Kemmache / France*, n°17621/91, §39 à 46 ; J.C.P., 1995, I, 3823, n°9, obs. F. SUDRE ; CEDH, 9 juill. 2013, *Dinc et Cakir / Turquie*, n°66066/09, §44.

³⁵⁰¹ Bref, « il ne suffit pas que la privation de liberté soit conforme au droit national, encore faut-il qu'elle soit nécessaire dans les circonstances de l'espèce » : CEDH, 4 avril 2000, *Witold Litwa / Pologne*, préc., §78 ; CEDH, 17 oct. 2006, *Sultan Öner et autres / Turquie*, n°73792/01, spéc. §123 et 124 ; CEDH, 10 mai 2007, *John / Grèce*, n°199/05, §32 à 37 ; CEDH, 26 avril 2011, *Timmer / Suisse*, préc., §58 à 60. V. J.-F. RENUCCI, *Traité (...)*, op. cit., n°242, p. 302 et 303.

³⁵⁰² Une mesure préventive comme le confinement à domicile du requérant sous surveillance, avec interdiction de sortir pendant une période de plus de onze mois, constitue une privation de liberté selon le juge européen en raison du degré de contrainte qu'elle impose. De même, le transfert du requérant de la prison où il était détenu vers un établissement médical ordinaire ne modifie pas la nature de la détention provisoire. Il s'agit là d'une simple modification du régime et des conditions de celle-ci : V. CEDH, 28 nov. 2002, *Lavents / Lettonie*, n°58442/00, §63 ; J.C.P., 2003, I, 109, n°4, obs. F. SUDRE. L'article 5 de la Convention « ne régit pas les conditions d'une privation de liberté » : le critère d'applicabilité de ce texte est « le degré des restrictions à la liberté de déplacement et non la différence de confort ou de régime intérieur dans les différents lieux de confinement » (§64).

³⁵⁰³ La persistance de raisons plausibles de soupçonner la personne arrêtée d'avoir commis une infraction.

³⁵⁰⁴ D'une part, les motifs « pertinents » et « suffisants » continuant au bout d'un certain temps à légitimer la privation de liberté, d'autre part, la « diligence particulière » mise par les autorités judiciaires à la poursuite de la procédure.

³⁵⁰⁵ V. entre autres, CEDH, 8 juin 1995, *Yagci et Sargin / Turquie*, n°6/1994/453/533-534, §50 à 55 ; J.C.P., 1996, I, 3910, n°14, obs. F. SUDRE.

³⁵⁰⁶ V. CEDH, 18 mars 2008, *Ladent / Pologne*, préc., §56 ; CEDH, 1^{er} juill. 2008, *Calmanovici / Roumanie*, n°42250/02, not. §98 et 101 ; E. DREYER, *Un an de droit européen en matière pénale*, Dr. pénal, 2009, chron. préc., spéc. n°16 ; CEDH, 18 déc. 2008, *Nerattini / Grèce*, n°43529/07 (en anglais), §38.

³⁵⁰⁷ V. CEDH, 8 nov. 2007, *Lelièvre / Belgique*, n°11287/03, §97 à 102 ; R.I.D.P., 2008, p. 211, obs. L. MORTET ; E. DREYER, *Un an de droit européen en matière pénale*, Dr. pénal, 2008, chron. préc., spéc. n°7. La durée de la détention provisoire du requérant a dépassé le délai raisonnable, la Cour soulignant « qu'à aucun moment les juridictions d'instruction n'ont envisagé une alternative à la détention préventive » (§108).

à un examen entier de la libération sous caution³⁵⁰⁸. Son contrôle de nécessité semble aussi plus sommaire lorsqu'il porte sur une détention extraditionnelle³⁵⁰⁹.

698. Ce principe de subsidiarité de la détention provisoire progresse également en droit interne. En vertu de l'article 144 du C.P.P., cet acte coercitif ne peut être ordonné ou prolongé que s'il est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciés de la procédure, qu'il constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs objectifs définis par ce texte et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique. L'incarcération exige du juge pénal une recherche systématique de la nécessité de l'adopter, fût-ce en cas de circonstances nouvelles³⁵¹⁰. Depuis les réformes opérées par les lois du 5 mars 2007 et du 24 novembre 2009, la Cour de cassation censure les décisions qui ne précisent pas en quoi le placement sous contrôle judiciaire et l'assignation à résidence avec surveillance électronique sont insuffisants pour atteindre les objectifs prescrits par ce texte³⁵¹¹. Cette assignation à résidence traduit, en elle-même, un moyen de lutter contre les privations de liberté injustifiées³⁵¹². « Restriction de liberté renforcée », elle s'avère tout de même moins contraignante qu'une incarcération en maison d'arrêt³⁵¹³. Elle vise à faire de la détention provisoire une mesure d'ultime recours.

699. Constituant un acte coercitif privatif de liberté, la garde à vue semble connaître un sort très proche puisque son contrôle de proportionnalité s'intensifie peu à peu. La Cour européenne des droits de l'homme apprécie la durée de la garde à vue. Elle estime qu'il y a violation de l'article 5 §3 de la Convention lorsque la mesure dépasse un délai de quatre jours avant présentation de l'individu à un magistrat³⁵¹⁴. Dans un arrêt rendu en 2008, elle a affirmé que « la Cour ne saurait donc admettre qu'il

³⁵⁰⁸ V. CEDH, 26 mars 2009, *Krejcir / République Tchèque*, n°39298/04 et 8723/05, §103 ; R.I.D.P., 2009, p. 344, n°19, obs. L. MORTET.

³⁵⁰⁹ V. CEDH, 12 juin 2008, *Chtchebet / Russie*, n°16074/07 (en anglais) ; R.I.D.P., 2008, p. 461, n°12, obs. L. MORTET. La Cour rappelle ici que la protection accordée à l'extradable est moindre que celle dont bénéficie la personne placée en détention provisoire (§61). Seul un contrôle de la proportionnalité de la détention s'applique à la détention, qui ne peut se prolonger au-delà d'un délai raisonnable ; CEDH, Gr. ch., 19 fév. 2009, *A. et autres / Royaume-Uni*, n°3455/05, §164 ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, *Dr. pénal*, 2010, chron. « un an de... » n°3, spéc. n°16 : « L'article 5 §1 f) n'exige pas que la détention d'une personne soit considérée comme raisonnablement nécessaire (...) ».

³⁵¹⁰ V. Cass. crim., 30 avril 2002, Procédures, 2002, comm. n°173, note J. BUISSON ; Cass. crim., 29 janv. 2008, A.J. pénal, 2008, jurispr., p. 240, obs. S. LAVRIC.

³⁵¹¹ Cass. crim., 26 fév. 2008, Procédures, 2008, comm. n°155, note J. BUISSON ; Cass. crim., 18 juin 2008, A.J. pénal, 2008, jurispr., p. 428, obs. M.-E. C. ; V. D. GUERIN, Un an d'instruction préparatoire, *Dr. pénal*, 2009, chron. « un an de... » n°1, spéc. n°28, notant que « cette exigence peut apparaître formelle, mais elle offre la garantie que cette préoccupation a été prise en compte par le juge dans sa prise de décision » ; Cass. crim., 18 août 2010, Bull. crim., n°123 ; Cass. crim., 18 août 2010, Bull. crim., n°124 ; Cass. crim., 12 oct. 2010, Bull. crim., n°155 ; D., 2011, pan., p. 2235, obs. J. PRADEL ; Cass. crim., 13 oct. 2010, Bull. crim., n°161. Si la chambre criminelle estime, au contraire, que les juges du fond se sont suffisamment expliqués sur ce point, elle approuve leur décision : V. Cass. crim., 9 déc. 2008, Bull. crim., n°248 ; Cass. crim., 16 sept. 2009, Procédures, 2009, comm. n°424, obs. J. BUISSON ; Cass. crim., 17 oct. 2012, Bull. crim., n°222.

³⁵¹² Elle est applicable depuis le décret n°2010-355 du 1^{er} avril 2010 : Cass. crim., 7 avril 2010, Bull. crim., n°60 ; Cass. crim., 8 avril 2010, Bull. crim., n°61 ; Procédures, 2010, comm. n°323, note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; *Rev. sc. crim.*, 2011, p. 147, obs. J. DANET ; Cass. crim., 11 mai 2010, Bull. crim., n°77 ; Cass. crim., 9 juin 2010, Inédit, n°10-81873.

³⁵¹³ J.-P. CERRE, La loi du 24 nov. 2009 (...), *op. cit.*, n°5.

³⁵¹⁴ V. CEDH, 19 juill. 2007, *Tus et autres / Turquie*, n°7144/02 et 39865/02, §16 et 17 ; R.I.D.P., 2007, p. 256, obs. L. MORTET.

ait été nécessaire dans la présente affaire de détenir les requérants pendant neuf jours avant qu'ils soient "traduits devant un juge" »³⁵¹⁵. En somme, les juges de Strasbourg posent le principe que, même en matière de terrorisme, la garde à vue ne peut dépasser quatre jours avant toute intervention judiciaire. En deçà de cette limite, elle vérifie *in concreto* la nécessité de la durée de la mesure³⁵¹⁶. Son contrôle possède donc une forte intensité.

700. En droit interne, l'évolution se révèle moins significative. Classique, la position de la chambre criminelle est connue³⁵¹⁷. Sous l'empire des textes antérieurs, cette formation a laissé une grande latitude d'action aux enquêteurs en considérant que l'une des deux conditions de fond indispensables au placement en garde à vue, les nécessités de l'enquête, demeure insusceptible de contrôle juridictionnel et ne relève que d'un contrôle fonctionnel du procureur de la République ou du juge d'instruction³⁵¹⁸. Tant que la personne ne subit aucune contrainte physique, l'O.P.J. apprécie librement si la garde à vue s'impose. Si celle-ci ne lui apparaît pas nécessaire, il peut l'entendre puis lui appliquer cette mesure le cas échéant³⁵¹⁹. Seul le magistrat instructeur ou du parquet en charge de l'enquête doit vérifier la nécessité de cet acte coercitif. Les juridictions de jugement n'ont le pouvoir de contrôler ni la décision de placement en garde à vue³⁵²⁰ ni sa durée³⁵²¹. La première chambre civile de la Cour de cassation s'est écartée de cette solution³⁵²². Rendu dans le contentieux de la rétention des étrangers, son arrêt rappelle que « c'est seulement pour les nécessités d'une enquête que l'article 63 du Code de procédure pénale prévoit qu'un officier de police judiciaire peut placer une personne en garde à vue ». La censure était inévitable en l'espèce, la personne ayant reconnu être en situation irrégulière sur le territoire dès son interpellation. Si aucune enquête n'était nécessaire, l'O.P.J. n'avait pas à recourir à la garde à vue.

³⁵¹⁵ CEDH, 30 sept. 2008, *Mehmet Sahin et autres / Turquie*, n°5881/02, §46 ; R.I.D.P., 2008, p. 465, n°17, obs. L. MORTET. Ce commentateur note que « le développement du contrôle de la nécessité de la durée de la garde à vue pourrait permettre à la Cour de sanctionner une garde à vue, alors même qu'il existe des raisons plausibles suffisantes, même si la durée de la mesure n'a pas dépassé le seuil maximum de quatre jours ».

³⁵¹⁶ CEDH, 3 fév. 2009, *Ipek et autres / Turquie*, n°17019/02 et 30070/02 (en anglais), §36 à 39 ; R.I.D.P., 2009, p. 340, n°14, obs. L. MORTET. S'agissant de mineurs, les autorités auraient dû les traduire plus tôt.

³⁵¹⁷ Sur celle-ci, V. *supra*, n°404 et s.

³⁵¹⁸ L'autre condition de fond au placement en garde à vue, à savoir l'existence d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que la personne a commis ou tenté de commettre une infraction, est, elle, susceptible de contrôle juridictionnel.

³⁵¹⁹ Cass. crim., 13 nov. 1996, Bull. crim., n°401 ; Cass. crim., 19 fév. 1997, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°209, note J. BUISSON ; Cass. crim., 4 mars 1998, Bull. crim., n°84 ; Cass. crim., 14 oct. 1998, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°217, note J. BUISSON ; Cass. crim., 24 nov. 1998, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°219, note J. BUISSON ; Cass. crim., 28 juin 2000, Procédures, 2001, comm. n°16, note J. BUISSON ; Cass. crim., 12 oct. 2005, Dr. pénal, 2006, comm. n°17, note A. MARON ; Cass. crim., 3 juin 2008, Inédit, n°08-81932 ; Cass. crim., 16 juin 2009, Inédit, n°08-87074. Aujourd'hui, l'O.P.J. entend la personne sous le régime de l'audition libre.

³⁵²⁰ Cass. crim., 4 janv. 2005, préc. ; Bull. crim., n°3 ; J.C.P., 2005, II, 10176, note P. CONTE ; Dr. pénal, 2005, comm. n°49, note A. MARON. V. aussi, V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2009, chron. « un an de... » n°8, spéc. n°14.

³⁵²¹ Cass. ch. mixte, 7 juill. 2000, préc. ; Procédures, 2001, comm. n°17, note J. BUISSON ; Cass. crim., 14 juin 2006, Inédit, n°02-83401 ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2007, chron. préc., n°9.

³⁵²² Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 2009, Dr. pénal, 2010, comm. n°11, note A. MARON et M. HAAS.

701. Il s'avère en effet impératif de réprimer les gardes à vue « de confort »³⁵²³. Afin de protéger la liberté individuelle, la chambre criminelle serait bien inspirée de reprendre à son compte la jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation. De toute façon, s'agissant du séjour irrégulier d'étrangers en France, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé l'article L. 621-1 du C.E.S.E.D.A. (incriminant le séjour irrégulier) contraire à la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier³⁵²⁴. La Cour de cassation a alors affirmé la contrariété de cet article L. 621-1 à la directive précitée et a conclu à l'irrégularité des gardes à vue décidées sur le fondement de ce texte³⁵²⁵. Issu de la loi du 14 avril 2011, l'article 62-2 du C.P.P. souligne le caractère nécessaire de cet acte coercitif. Il énonce que celui-ci doit constituer « l'unique moyen » de parvenir à l'un au moins des six objectifs énoncés. Il faut donc espérer une évolution de la jurisprudence à ce sujet. La garde à vue faisant gravement grief à la personne, la décision d'y procéder ne doit jamais être banalisée, en particulier pour des infractions mineures³⁵²⁶.

702. A cet égard, l'article 62-2 du C.P.P. renforce la condition de proportionnalité de la mesure en relevant le seuil à partir duquel l'individu est susceptible de la subir. Celle-ci peut être décidée contre une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement, là où l'ancien article 63 du C.P.P. l'autorisait en cas de suspicion (de tentative ou de commission) d'une « infraction », ce qui incluait les contraventions et les délits non punis d'emprisonnement³⁵²⁷. La

³⁵²³ C'est-à-dire celles durant lesquelles il ne se passe rien, du moins pendant les premières heures, celles dont la durée excède celle strictement requise par les nécessités de l'enquête. « Il s'agit généralement de mesures décidées la nuit ou durant les week-ends, qui se prolongent le temps nécessaire à ce qu'une décision sur l'action publique soit prise par le parquet » : M. SCHWENDENER, *Quelle place pour la garde à vue dans la procédure pénale ?*, A.J. pénal, 2006, dossier, p. 344 et s., spéc. p. 345. Il a été noté qu'en matière de rétention des étrangers, « la garde à vue ne sert, en réalité, que de hors d'œuvre à la rétention » (A. MARON et M. HAAS, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 2009, Dr. pénal, 2010, comm. n°11).

³⁵²⁴ Ce texte est contraire à la directive car il offre la possibilité d'infliger une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un Etat tiers en séjour irrégulier avant que la procédure administrative ne soit arrivée à son terme, de sorte qu'il peut faire obstacle à celle-ci : CJUE, 28 avril 2011, *El Dridi*, C-61/PPU ; CJUE, 6 déc. 2011, *Achughbabian / Préfet du Val-de-Marne*, C-329/11.

³⁵²⁵ Cass. crim., avis, 5 juin 2012, n°9002 ; J.C.P., 2012, 735, obs. A. LEVADE ; Procédures, 2012, comm. n°256 (3^{ème} espèce), note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Rev. sc. crim., 2012, p. 621, obs. J. DANET ; R.P.D.P., 2012, p. 640, obs. E. VERNY. Cet avis peut se résumer en « un syllogisme très simple : une garde à vue ne peut être décidée selon la procédure française que pour un crime ou délit puni d'emprisonnement. Or, le séjour irrégulier ne peut en application du droit européen être puni d'emprisonnement, l'étranger en situation irrégulière ne peut donc être placé pour ce seul motif en garde à vue » (J. DANET, obs. préc., p. 623) ; Cass. civ. 1^{ère}, 5 juill. 2012, n°11-30371, 11-19250 et 11-30530, Bull. civ., I, n°158 ; J.C.P., 2012, 895, note A. LEVADE ; Rev. sc. crim., 2012, p. 621, obs. J. DANET ; V. LESCLOUS, *Un an de droit de la garde à vue*, Dr. pénal, 2012, chron. « un an de... » n°7, spéc. n°5 (illégalité de la garde à vue fondée sur le seul délit de séjour irrégulier en l'absence d'infraction supplémentaire à des mesures d'éloignement préalablement diligentées).

³⁵²⁶ Or il semble que cela devenait de plus en plus le cas : V. C.C., Q.P.C., 30 juill. 2010, n°2010-14/22, préc., cons. 15 et 18. En 2009, plus de 790 000 gardes à vue ont été effectuées en France. Compte tenu de son importance, un tel chiffre laisse penser que ces mesures ne répondaient pas toutes nécessairement aux conditions de stricte nécessité et de proportionnalité. En réalité, la prolifération du nombre de gardes à vue n'est guère surprenante. Interdire aux juridictions de jugement de vérifier les « nécessités de l'enquête » ou de l'information justifiant la mesure, comme l'impose la jurisprudence, revient à octroyer une marge de manœuvre étendue aux enquêteurs. Une telle solution ne les incite pas à user de cette privation de liberté avec parcimonie. Elle prend, au contraire, le risque que l'acte soit détourné de sa finalité.

³⁵²⁷ Avant la loi du 14 avril 2011, le Code de procédure pénale ne retenait aucun seuil à partir duquel l'acte coercitif pouvait être accompli. Celui-ci pouvait être décidé par un O.P.J. indépendamment de la gravité de l'infraction, du moins en théorie.

législation française se rapproche ainsi de celle applicable dans la plupart des Etats européens, qui subordonnent l'acte coercitif à l'existence d'une infraction assez grave, sauf en Angleterre et au pays de Galles où toute infraction, peu importe sa gravité, est susceptible de le justifier³⁵²⁸. La subordination du placement en garde à vue à la commission d'une infraction qui présente une certaine gravité est implicite en Allemagne et au Danemark. Dans ces pays, le principe de proportionnalité interdit à la police de procéder à cet acte pour une infraction mineure³⁵²⁹. Les Codes de procédure pénale belge, espagnol et italien définissent à l'inverse, de façon explicite, les infractions pouvant donner lieu à une mise en garde à vue. Ce sont les crimes et les délits en Belgique, tandis qu'en Espagne et en Italie, c'est le *quantum* de la peine qui permet de déterminer les cas dans lesquels celle-ci est possible³⁵³⁰.

703. En outre, le contrôle judiciaire illustre l'intensification du contrôle de proportionnalité exercé par les juges européen et judiciaire. Si la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales connaît de la libération contre consignation³⁵³¹, elle n'envisage pas de manière expresse le contrôle judiciaire. La Cour européenne se prononce pourtant sur certaines obligations inhérentes à cet acte coercitif. Elle opère un examen de proportionnalité approfondi sur les restrictions à la liberté d'aller et venir des personnes, prévues par l'article 2 du Protocole n°4 à la Convention. Sa vérification concerne l'interdiction de quitter une ville, voire un pays, pendant l'instruction ou dans l'attente d'un procès. Il y a violation de ce texte si l'interdiction en cause revêt une durée intrinsèque trop importante³⁵³². Il en va de même lorsque celle-ci n'a fait l'objet d'aucun réexamen au fil du temps, autrement dit lorsque sa nécessité n'a pas été soumise à un contrôle périodique³⁵³³. La Cour européenne a encore recherché si l'obligation faite à une personne suspectée d'avoir commis une infraction de se présenter régulièrement au poste de police pendant environ douze ans constituait une mesure proportionnée au regard de l'espèce. Après examen, elle a conclu à la disproportion de la

³⁵²⁸ V. La garde à vue, Les documents de travail du Sénat, Série Législation comparée n°LC 204, déc. 2009, spéc. p. 7, 15 et 16 ; Procédures, 2010, comm. n°81, note J. BUISSON.

³⁵²⁹ La garde à vue, *op. cit.*, p. 8, 12 (Allemagne) et 25 (Danemark). En Allemagne, il est admis que la garde à vue est exclue lorsque la peine prévue pour l'infraction considérée ne dépasse pas six mois d'emprisonnement.

³⁵³⁰ La garde à vue, *op. cit.*, p. 8, 21 et 22 (Belgique), 29 et 30 (Espagne), 35 et 36 (Italie). En vertu du principe de proportionnalité, le Code de procédure pénale espagnol exclut expressément le placement en garde à vue lorsque l'infraction est qualifiée de « faute » et ne peut donc pas faire l'objet d'une peine d'emprisonnement.

³⁵³¹ Art. 5 §3 *in fine* : « La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience ».

³⁵³² CEDH, 24 avril 2008, *Rosengren / Roumanie*, n°70786/01 (en anglais) ; R.I.D.P., 2008, p. 467, n°19, obs. L. MORTET. Il s'agissait d'une interdiction de quitter Bucarest pendant six ans et trois mois. La durée de la mesure, prise isolément, suffit à caractériser une violation du Protocole (§38). Dans l'examen de ce critère, la Cour constate que les juridictions n'ont pas motivé le maintien de la restriction, alors qu'avec le temps, la nécessité de la mesure diminuait (§39).

³⁵³³ CEDH, 21 oct. 2008, *Bessenyei / Hongrie*, n°37509/06 (en anglais) ; R.I.D.P., 2009, p. 345, n°21, obs. L. MORTET. L'absence de contrôle périodique de la nécessité de l'interdiction émise à l'égard d'un suspect de quitter le territoire pendant plus de deux ans, dans l'attente de son procès, engendre la violation du Protocole (§23). Ainsi « la Cour développe le contrôle de la mesure restrictive d'aller et venir en reprenant des éléments du contrôle de la privation de liberté » (L. MORTET, obs. préc. sur cet arrêt).

surveillance policière. Compte tenu de sa durée, celle-ci n'était plus nécessaire au bout d'un certain temps, partant l'article 8 de la Convention a été méconnu³⁵³⁴.

704. Ce contrôle de proportionnalité s'applique au cautionnement. Dans un arrêt ancien, le juge européen a posé que la garantie prévue par l'article 5 §3 de la Convention « a pour objet d'assurer non la réparation du préjudice, mais la présence de l'accusé à l'audience. Son importance doit dès lors être appréciée principalement par rapport à l'intéressé, à ses ressources, à ses liens avec les personnes appelées à servir de cautions et pour tout dire à la confiance qu'on peut avoir que la perspective de perte du cautionnement ou de l'exécution des cautions en cas de non-comparution à l'audience agira sur lui comme un frein suffisant pour écarter toute velléité de fuite »³⁵³⁵. Celui-ci exige des juridictions internes qu'elles justifient leur choix du montant de la caution eu égard aux revenus et à la situation propre à chaque individu³⁵³⁶. Il avance des critères pour apprécier la proportionnalité de la caution. La situation personnelle et financière de l'intéressé conserve une place majeure. Elle n'est pas le seul élément à prendre en considération. Il faut également tenir compte de la gravité du délit commis et de ses conséquences³⁵³⁷.

705. Ce sont sur les mêmes principes, du moins sur des principes comparables, que se fonde le juge pénal français en matière de contrôle judiciaire. Comme pour tout acte coercitif, les juridictions du fond (de jugement et surtout d'instruction) vérifient la nécessité et la proportionnalité des mesures adoptées³⁵³⁸. Le rôle de la Cour de cassation demeure différent. Elle ne revient pas sur cette appréciation souveraine des juges du fond³⁵³⁹. Elle s'assure, en revanche, de la légalité de leurs décisions. Il faut que celles-ci soient motivées de façon satisfaisante. Ainsi l'interdiction de rencontrer

³⁵³⁴ CEDH, 15 janv. 2008, *Zmarlak / Pologne*, n°37522/02 ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2009, chron. préc., spéc. n°36. S'agissant de mesures simplement restrictives de liberté, l'article 8 remplace l'article 5 de la Convention. La Cour reprend les mêmes principes qu'en matière de privation de liberté et rappelle que « les autorités sont tenues de contrôler non seulement le déclenchement, mais également l'exercice des mesures en question afin d'éviter tout abus et prévenir le risque d'arbitraire. A cette fin, il leur faut examiner toutes les circonstances de nature à révéler ou écarter l'existence de l'intérêt public susmentionné justifiant, eu égard au principe de la présomption d'innocence, le maintien en vigueur desdites mesures, et en rendre compte dans leurs décisions » (§50).

³⁵³⁵ CEDH, 27 juin 1968, *Neumeister / Autriche*, n°1936/63, §14. Il y a violation de l'article 5 §3 si le taux de la garantie que doit fournir un détenu est exclusivement déterminé en fonction du montant du préjudice qui lui est imputé.

³⁵³⁶ CEDH, 3 juill. 2008, *Georgieva / Bulgarie*, n°16085/02, §30. A défaut, il y a violation de l'article 5 §3 de la Convention.

³⁵³⁷ CEDH, 8 janv. 2009, *Mangouras / Espagne*, n°12050/04 ; J.C.P., 2009, I, 143, n°5, obs. F. SUDRE ; R.I.D.P., 2009, p. 343, n°18, obs. L. MORTET, à propos de l'avarie du pétrolier *le Prestige*. Pour conclure à la non violation de l'article 5 §3 (§45), la Cour souligne que le montant élevé de la caution (3 000 000 d'euros) n'était pas disproportionné compte tenu notamment « de l'intérêt juridique protégé, de la gravité du délit en cause et des conséquences catastrophiques aussi bien du point de vue environnemental qu'économique découlant du déversement de la cargaison » (§44). Le raisonnement suivi par la Cour érige donc les infractions contre l'environnement au rang des plus graves. C'est cette nature spécifique qui fonde ici l'atteinte exceptionnelle aux garanties protégées par la Convention. La grande chambre insiste, elle, surtout sur le fait que c'est l'assureur de l'employeur du requérant qui a versé cette caution élevée pour conclure à la non violation de l'article 5 §3 : V. CEDH (Gr. ch.), 28 sept. 2010, *Mangouras / Espagne*, n°12050/04, not. §87 à 92 ; J.C.P., 2010, act., 1063, obs. L. MILANO ; R.I.D.P., 2010, p. 644, n°16, obs. L. MORTET.

³⁵³⁸ V. not., Cass. crim., 8 oct. 2002, Dr. pénal, 2003, chron. n°10 par C. MARSAT et A. MARON.

³⁵³⁹ V. par ex., Cass. crim., 9 janv. 1997, Bull. crim., n°7 (premier moyen) ; Cass. crim., 19 mars 2002, Dr. pénal, 2002, comm. n°76, note A. MARON.

des personnes, énoncée à l'article 138, alinéa 2, 9° du C.P.P., doit avoir une précision suffisante³⁵⁴⁰. La jurisprudence n'impose pas une désignation nominative des personnes concernées. Ces dernières doivent être simplement identifiables³⁵⁴¹. Selon les termes de l'article 138, alinéa 2, 11° du C.P.P., il est par ailleurs impératif que le cautionnement reste proportionné. Le montant de la caution peut être élevé s'il est justifié par l'importance de l'infraction et des préjudices qui en découlent³⁵⁴². Ce montant et les délais de versement doivent en tous cas être fixés en tenant compte des ressources et des charges de la personne mise en examen³⁵⁴³.

706. En conclusion, le contrôle de proportionnalité des actes coercitifs se renforce en France. Ces progrès sont dus, pour une bonne part, à la jurisprudence européenne qui approfondit toujours plus cet examen. Les solutions dégagées par les juges de Strasbourg exercent une influence bénéfique sur le juge pénal français. Sans doute le droit positif actuel conserve-t-il des solutions peu satisfaisantes, comme en matière de garde à vue. Il n'empêche que le juge pénal s'attache mieux à vérifier si l'acte coercitif constitue une réponse adaptée au trouble à l'ordre public, en bref s'il s'avère adéquat, indispensable et proportionné. Heureuse pour la préservation des libertés, cette évolution contraste avec la timidité dont fait preuve le Conseil constitutionnel lors de son contrôle de proportionnalité.

2°- Timidité du contrôle exercé par le juge constitutionnel

707. Investi d'une fonction essentielle en procédure pénale, le Conseil constitutionnel vérifie l'équilibre entre les exigences de sauvegarde de l'ordre public et le respect de l'exercice des libertés individuelles. Plusieurs facteurs interviennent lorsqu'il met en balance ces intérêts antagonistes. Son appréciation varie d'abord selon les infractions : plus elles sont graves et complexes (terrorisme, proxénétisme, trafic de stupéfiants...), plus les atteintes portées aux libertés se révèlent importantes (gardes à vue allongées, perquisitions de nuit autorisées...)³⁵⁴⁴. Elle fluctue ensuite selon la conjoncture. Après les attentats du 11 septembre 2001 et ceux perpétrés postérieurement (Londres, Madrid), la menace terroriste a fait régner un climat sécuritaire dans les Etats occidentaux. Ceux-ci ont répondu, en général, par un durcissement de leur législation pénale se traduisant par des atteintes plus

³⁵⁴⁰ Cass. crim., 25 juill. 1995, Bull. crim., n°259 (premier moyen) ; Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°112, note J. BUISSON ; Cass. crim., 7 nov. 1996, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°113, note J. BUISSON ; Cass. crim., 13 juin 2006, A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 411, obs. C. GIRAULT, s'agissant d'une interdiction d'entrer en relation avec « tout membre » du parquet de Périgueux.

³⁵⁴¹ Cass. crim., 9 janv. 1997, préc. (second moyen).

³⁵⁴² Cass. crim., 19 mars 2002, préc. (placement sous contrôle judiciaire d'une personne morale, avec obligation de verser un cautionnement de 50 000 000 de francs, pour une pollution considérable des côtes bretonnes suite au naufrage d'un pétrolier transportant 30 800 tonnes de fioul).

³⁵⁴³ Cass. crim., 4 nov. 2008, Bull. crim., n°221 ; A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 78, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE (cassation au visa de l'article 138, 11° du C.P.P., car les juges du fond doivent s'expliquer sur les ressources et les charges du mis en examen).

³⁵⁴⁴ V. A. PENA, Sûreté personnelle (...), *op. cit.*, p. 699.

marquées aux libertés individuelles³⁵⁴⁵. Le juge constitutionnel français a cédé à ces contraintes sécuritaires, ce qui rassure peu à l'heure où un nouveau texte sur le terrorisme est en discussion au parlement, déjà adopté par l'Assemblée nationale le 18 septembre 2014³⁵⁴⁶.

708. Un tel contexte n'a pas favorisé un contrôle approfondi. Il convient déjà d'admettre que l'exigence de proportionnalité n'est pas forcément très contraignante pour le législateur à partir du moment où le Conseil procède à un examen dit « minimum »³⁵⁴⁷. Cela étant, certaines voix ont dénoncé le « vent nouveau » soufflant « sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel depuis le début du nouveau millénaire »³⁵⁴⁸. Ses décisions ont révélé un éclatement de son contrôle³⁵⁴⁹. Ce dernier dépend, d'une part, de la liberté (ou du droit) affectée par la restriction envisagée. Il dépend, d'autre part, de la gravité de l'atteinte causée à la liberté. Le traitement réservé aux libertés individuelles reflète cette évolution. La sûreté personnelle, l'inviolabilité du domicile et le secret des correspondances bénéficient d'un contrôle de proportionnalité entier. Il en va autrement pour la liberté d'aller et venir ou le droit au respect de la vie privée. A l'instar des atteintes légères portées à la liberté individuelle, ils n'apparaissent soumis qu'à un contrôle restreint³⁵⁵⁰.

709. Cette dichotomie est applicable aux actes coercitifs, dans la mesure où ils entament ces différents droits et libertés. Le Conseil ne vérifie pas de façon uniforme la proportionnalité de tous les actes composant cette catégorie. Son examen demeure normal (ou entier) en ce qui concerne la garde à vue³⁵⁵¹, le mandat de dépôt délivré à l'audience³⁵⁵², les perquisitions et saisies de pièces à

³⁵⁴⁵ *Ibid.* ; P. WACHSMANN, Nouvelles techniques permettant des restrictions aux libertés publiques ou de la protection des libertés dans la société du spectacle, in *Mutation ou crépuscule des libertés publiques ?*, *Jus Politicum*, Rev. dr. pol., 2010, n°5, Dalloz, 2011, p. 49 et s., spéc. p. 51 et 52. Rapp., C. SCHNEIDER, Le spectre du tout sécuritaire dans la lutte antiterroriste ? Brèves observations sur la dialectique entre lutte contre le terrorisme et droits de l'homme dans les corpus juridiques européens, in *L'homme dans la société internationale*, Mélanges P. TAVERNIER, Bruylant, 2013, p. 359 et s., spéc. p. 364, 372 et 373.

³⁵⁴⁶ AN, 1^{ère} lecture, 18 sept. 2014, TA n°406. Dans ce projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, on se reportera surtout aux articles 7, 10, 11 et 13 dudit projet, qui tendent, entre autres, à modifier l'article 57-1 du C.P.P. (perquisitions informatiques) ou l'article 230-1 du C.P.P. (transcription en clair des données saisies).

³⁵⁴⁷ Sur ce point, V. CHAMPEIL-DESPLATS, Les nouveaux commandements (...), *op. cit.*, p. 272 : « (...) en exigeant seulement que le législateur ne procède pas à des choix manifestement excessifs ou inappropriés, le Conseil constitutionnel, lorsqu'il l'estime opportun, laisse au législateur une très large étendue du choix des moyens, mais aussi des buts ».

³⁵⁴⁸ V. CHAMPEIL-DESPLATS, Le Conseil constitutionnel, protecteur (...), *op. cit.*, p. 252. « Ce vent nouveau » se caractériserait par trois éléments : « repli technicien, timidité, routine ».

³⁵⁴⁹ Ce qui singularise sans doute encore davantage le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil, qui, à la différence de la Cour européenne, ne recherche pas s'il existe une mesure alternative moins restrictive de la liberté (ou du droit) en cause. Le Conseil a affirmé à plusieurs reprises qu'il « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient donc pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies dès lors que les modalités retenues par la loi déferée ne sont pas manifestement inappropriées à la finalité poursuivie ». Pour une exception, V. toutefois, C.C., 21 fév. 2008, n°2008-562 DC, préc., cons. 17. Sur ce contrôle très poussé du Haut conseil : V. GOESEL-LE BIHAN, Le contrôle de proportionnalité (...), *op. cit.*, spéc. note n°20.

³⁵⁵⁰ Pour des études approfondies sur le sujet : V. GOESEL-LE BIHAN, Le contrôle de proportionnalité (...), *op. cit.*, p. 212 et 213 ; V. GOESEL-LE BIHAN, Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence (...), *op. cit.*, p. 276 à 283 et Le contrôle de proportionnalité exercé (...), *op. cit.*, où il est précisé que le contrôle restreint date de 2003 (C.C., 13 mars 2003, n°2003-467 DC).

³⁵⁵¹ V. C.C., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, préc., cons. 27, s'agissant de la prolongation de la mesure.

³⁵⁵² V. C.C., 8 déc. 2005, n°2005-527 DC, préc., cons. 8.

conviction³⁵⁵³, les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications³⁵⁵⁴ et les sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules³⁵⁵⁵. Les règles spéciales autorisant ces mesures ou procédant à une extension de leur champ d'application ont été validées car elles n'engendrent pas « une atteinte excessive » ou « non nécessaire » à la liberté individuelle, à l'inviolabilité du domicile ou au secret de la vie privée³⁵⁵⁶. En revanche, l'examen de proportionnalité apparaît restreint lorsqu'il porte sur des actes coercitifs dissemblables.

710. Les dispositions prévoyant les visites de véhicules l'attestent. Le juge constitutionnel exerce un contrôle restreint, qu'il s'agisse des garanties qui les encadrent ou de la liste des infractions visées. Seules les disproportions ou erreurs manifestes commises par le législateur sont susceptibles d'être sanctionnées³⁵⁵⁷. Or, il est pour le moins étrange que les fouilles de véhicules, critiquées à plusieurs reprises par le Haut conseil³⁵⁵⁸, aient été admises sans difficulté par la décision sur la sécurité intérieure, qui « ne les entoure même pas d'une réserve d'interprétation »³⁵⁵⁹. Cette analyse peut être transposée aux contrôles et vérifications d'identité. S'ils n'ont pas suscité de réforme majeure récente, ils risquent de subir également un contrôle de proportionnalité restreint. A l'instar des fouilles de véhicules, ils attentent à la liberté d'aller et venir. Ils constituent des atteintes légères à la liberté individuelle³⁵⁶⁰. Analysées comme la simple possibilité pour des agents publics de disposer d'un individu durant un temps limité sans qu'il ne soit arrêté ou détenu (d'où une réserve nécessaire pour la vérification d'identité), celles-ci semblent moins bien protégées depuis quelques années par le juge constitutionnel³⁵⁶¹.

711. Depuis la décision du 13 mars 2003 relative à la sécurité intérieure, certains actes coercitifs jouissent d'un contrôle de proportionnalité entier de la part du Haut conseil, tandis que d'autres n'ont droit qu'à un examen restreint. Cette discrimination entre les actes d'une même catégorie s'avère injustifiée au plan juridique. Ceux-ci causent tous un grief spécifique à la personne concernée, ils entament les libertés individuelles. L'intensité de cette atteinte apparaît certes variable. Elle dépend de l'acte accompli. Toutefois, cette différence n'est que de degré ou d'intensité et non de nature ou

³⁵⁵³ V. C.C., 2 mars 2004, préc., cons. 47, 52 et 56.

³⁵⁵⁴ V. C.C., 2 mars 2004, préc., cons. 61. *Adde*, C.C., 19 janv. 2006, n°2005-532 DC, préc., cons. 10.

³⁵⁵⁵ V. C.C., 2 mars 2004, préc., cons. 64 à 66.

³⁵⁵⁶ V. par ex., C.C., 2 mars 2004, préc., cons. 27 (prolongation de la garde à vue), 47, 52 et 56 (modification du régime des perquisitions et saisies). Les sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules, attentatoires à l'inviolabilité du domicile et au secret de la vie privée, sont considérées comme justifiées dès lors qu'elles sont entourées de « garanties procédurales appropriées » (cons. 64).

³⁵⁵⁷ V. C.C., 13 mars 2003, n°2003-467 DC, préc., cons. 12, pour les visites de véhicules opérées sur réquisitions du procureur de la République (absence « d'erreur manifeste »).

³⁵⁵⁸ Et notamment dans : C.C., 12 janv. 1977, n°76-75 DC, préc.

³⁵⁵⁹ C. GREWE, R. KOERING-JOULIN, *op. cit.*, p. 914. Dans le même sens, mais de façon plus générale : V. CHAMPEIL-DESPLATS, Le Conseil constitutionnel, protecteur (...), *op. cit.*, p. 253, soulignant que « certaines “non censures” ou timides réserves d'interprétation en ont laissé beaucoup dubitatifs ».

³⁵⁶⁰ Avec une réserve tout de même pour les vérifications d'identité qui peuvent durer jusqu'à quatre heures.

³⁵⁶¹ V. GOESEL-LE BIHAN, Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence (...), *op. cit.*, p. 282.

d'essence pour reprendre une formule connue de la Cour européenne³⁵⁶². Les actes coercitifs doivent donc être traités de manière identique. Ce sont, en réalité, des considérations d'opportunité qui poussent le Conseil à pratiquer un contrôle distributif sur ces actes. « Comment ne pas voir dans cette régression, unique en son genre, le signe des temps, la lutte contre le terrorisme ayant acquis, depuis le 11 septembre 2001, plus de poids dans la balance des intérêts opérée par le juge »³⁵⁶³ ?

712. Si le Conseil constitutionnel a admis des entraves considérables aux libertés individuelles dans sa décision du 2 mars 2004 (allongement de la durée de garde à vue et retard de l'intervention de l'avocat, autorisation des perquisitions de nuit, admission de la sonorisation et fixation d'images...), c'est parce que ces atteintes « concernent des domaines déterminés et particulièrement sensibles en termes de sécurité publique et non la matière pénale dans son ensemble »³⁵⁶⁴. Cependant, ces mesures d'investigation spéciales peuvent être exécutées pour les infractions relevant de la criminalité organisée et non pas uniquement pour le terrorisme. Celles-ci se révèlent assez nombreuses et hétéroclites³⁵⁶⁵. Dans un climat sécuritaire et sous couvert d'une lutte efficace contre le terrorisme, le législateur n'en a-t-il pas profité pour étendre au maximum le champ d'application de ces actes très coercitifs ? La question mérite d'être posée, le juge constitutionnel ayant validé la liste de ces infractions en ne formulant qu'une réserve d'interprétation à l'égard du vol commis en bande organisée³⁵⁶⁶. Le contrôle de proportionnalité effectué par le juge constitutionnel sur certains actes coercitifs se montre finalement assez restreint³⁵⁶⁷. Seul celui opéré sur la garde à vue en matière de corruption, de trafic d'influence, de fraudes fiscales et douanières, où il n'hésite pas à prononcer des censures, apparaît approfondi³⁵⁶⁸. Le Conseil émet une distinction suivant la nature de l'intérêt protégé par l'infraction puisqu'il relève que ces délits (corruption, fraude fiscale...) « ne sont pas susceptibles de porter atteinte en eux-mêmes à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes »³⁵⁶⁹. Le législateur

³⁵⁶² V. CEDH, 6 nov. 1980, *Guzzardi / Italie*, préc., §93.

³⁵⁶³ V. GOESEL-LE BIHAN, Le contrôle de proportionnalité exercé (...), *op. cit.*, p. 213. L'auteur fait remarquer, *in* Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence (...), *op. cit.*, p. 283, au sujet de la création d'un fichier automatisé ou de tout autre dispositif de surveillance, des visites de véhicules et des contrôles et vérifications d'identité, qu'« il y a bien un "avant" (11 septembre 2001) où prévalait un contrôle normal, et un "après", où le Conseil se contente désormais d'exercer un contrôle restreint ».

³⁵⁶⁴ A. PENA, Sûreté personnelle (...), *op. cit.*, p. 699 et 700.

³⁵⁶⁵ Il s'agit des crimes de meurtre, de tortures et d'actes de barbarie, des crimes et délits aggravés de traite des êtres humains, des crimes en matière de fausse monnaie, etc, tous commis en bande organisée.

³⁵⁶⁶ C.C., 2 mars 2004, préc., cons. 17. Une autre réserve a été émise pour le délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France commis en bande organisée (cons. 18). Mais excepté cela, il a jugé que « les infractions retenues par l'article 706-73 sont susceptibles, pour la plupart, de porter une atteinte grave à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes » (cons. 16).

³⁵⁶⁷ C.C., 4 déc. 2013, n°2013-679 DC, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, J.O. du 7 déc. 2013, p. 19958, cons. 66 et s., not. 75 ; R.P.D.P., 2013, p. 930, obs. A. BOTTON, validant les mesures d'interceptions téléphoniques, de sonorisation et fixation d'images, de captation des données informatiques et les mesures conservatoires sur les biens du mis en examen en l'absence de caractère disproportionné des atteintes aux libertés individuelles au regard du but poursuivi. Le contrôle de proportionnalité exercé apparaît relativement faible. Pour ce constat, G. CHETARD, La proportionnalité de la répression (...), *op. cit.*, p. 61 et 62.

³⁵⁶⁸ C.C., 4 déc. 2013, préc., cons. 76 et 77 (la garde à vue mise en œuvre selon les modalités de l'article 706-88 du C.P.P. – durée de 96 heures et report de l'intervention de l'avocat à la 48^{ème} heure si des circonstances particulières l'exigent – cause une atteinte disproportionnée à la liberté individuelle et aux droits de la défense).

³⁵⁶⁹ Cons. 77 de la décision n°2013-679 du 4 déc. 2013 ; A. BOTTON, obs. sur C.C., 4 déc. 2013, R.P.D.P., 2013, p. 930, spéc. p. 932. Le régime dérogatoire de la garde à vue n'est proportionné, *a contrario*, qu'en matière d'atteintes à la sécurité,

du 27 mai 2014 a pris en compte cette solution puisqu'il a soustrait l'escroquerie en bande organisée et d'autres délits visés à l'article 706-73 du C.P.P. du champ d'application de l'article 706-88 du C.P.P. La prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures n'est donc plus possible pour ces infractions, sauf dans certaines hypothèses mentionnées au texte³⁵⁷⁰. Dans deux décisions récentes, la Cour de cassation décide justement de renvoyer au Haut conseil des questions prioritaires de constitutionnalité relatives aux articles 706-73, 8° *bis* et 706-88 du C.P.P. en se fondant sur la possible disproportion de la garde à vue dans ces hypothèses³⁵⁷¹.

713. On aurait pu croire que l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité en droit français s'accompagnerait d'un contrôle bien plus approfondi des textes légaux prévoyant les actes coercitifs³⁵⁷². Déclarant inconstitutionnelles les dispositions relatives à la garde à vue de droit commun, la décision rendue le 30 juillet 2010 a nourri l'espoir. Or, le bilan s'avère mitigé, voire décevant en la matière. Dans cette décision de 2010, la censure a été prononcée en raison de l'ineffectivité de l'assistance de l'avocat³⁵⁷³. La motivation de la nécessité de la mesure reste lapidaire³⁵⁷⁴. La proportionnalité de celle-ci a encore été évoquée. Si le Conseil l'a utilisée pour justifier en partie sa censure sur la restriction imposée aux droits de la défense, la faculté de décider d'une garde à vue, quelle que soit la gravité des faits qui la motive, n'a pas été en elle-même sanctionnée³⁵⁷⁵. L'occasion lui était pourtant offerte. D'autres décisions postérieures témoignent de la faiblesse de son contrôle de proportionnalité sur les actes coercitifs. Cela ressort nettement de la

la dignité ou la vie des personnes. La valeur protégée devient « le critère d'une applicabilité distributive des "techniques spéciales d'enquête" » et « aucune infraction contre les biens ne semble dorénavant susceptible de pouvoir donner lieu à un régime dérogatoire de garde à vue ». Or, force est d'admettre que « le vol ne protège pas davantage "la sécurité, la dignité ou la vie des personnes" que la corruption ou la fraude fiscale » ; et pourtant, le régime dérogatoire lui est applicable (A. BOTTON, obs. préc., p. 933).

³⁵⁷⁰ La garde à vue de quatre jours n'est admise que si les faits ont été commis dans des conditions portant atteinte à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes ou aux intérêts fondamentaux de la nation, ou s'ils comportent un élément d'extranéité. Il reste que cette méthode législative, qui procède de manière ponctuelle, doit être revue : V. G. BEAUSSONIE, La nouvelle garde à vue est-elle plus contradictoire ?, *Gaz. pal.*, 27-29 juill. 2014, n°208 à 210, p. 13 et s., spéc. p. 15.

³⁵⁷¹ Cass. crim., 16 juill. 2014, n°14-90021, E.C.P.B. (706-73, 8° *bis*) ; Cass. crim., 16 juill. 2014, n°14-90022, E.C.P.B. (706-88), reprenant la motivation du juge constitutionnel à l'appui de sa décision (le délit d'escroquerie commis en bande organisée ne porte pas « en lui-même atteinte à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes »). *Adde*, Cass. crim., 3 sept. 2014, Inédit, n°14-82019 (renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 706-88, al. 7 à 9).

³⁵⁷² Il faut avouer, avec certains auteurs, que la question prioritaire de constitutionnalité a parfois déçu, la Cour de cassation ayant refusé des renvois qui semblaient s'imposer, tandis qu'il est arrivé au Conseil constitutionnel de rendre des décisions peu motivées ou de donner l'impression de « changer d'avis » : B. DE LAMY, Un nouveau procédé de constitutionnalisation du droit pénal : la Q.P.C. Bilan critique, *Mélanges J.-H. ROBERT*, LexisNexis, 2012, p. 377 et s., spéc. p. 388. *Adde*, A.-S. CHAVENT-LECLERE, Q.P.C. : un point sur la transmission des questions relatives à la procédure pénale depuis janvier 2011, *Procédures*, 2011, Etude n°6, not. n°5 à 7 sur « les mesures de contrainte ».

³⁵⁷³ C.C., Q.P.C., 30 juill. 2010, n°2010-14/22, préc., cons. 25, 28, 29. C'est le manque de garanties appropriées lors du déroulement de la mesure – et, en particulier, le défaut d'assistance effective de la part de l'avocat – qui a provoqué la censure : les articles 62, 63, 63-1 et 77 du C.P.P. et les alinéas 1^{er} à 6 de l'article 63-4 de ce Code sont déclarés contraires à la Constitution.

³⁵⁷⁴ A l'argument des requérants qui soutenaient que le pouvoir des O.P.J. de placer en garde à vue constitue un pouvoir arbitraire qui méconnaît le principe résultant de l'article 9 de la Déclaration de 1789 (cons. 10), le Conseil se contente de répondre que « la garde à vue demeure une mesure de contrainte nécessaire à certaines opérations de police judiciaire ; que, toutefois, ces évolutions doivent être accompagnées des garanties appropriées encadrant le recours à la garde à vue ainsi que son déroulement et assurant la protection des droits de la défense » (C.C., Q.P.C., 30 juill. 2010, préc., cons. 25).

³⁵⁷⁵ V. C.C., Q.P.C., 30 juill. 2010, préc., cons. 27.

décision rendue le 17 décembre 2010 relative à la mise à la disposition de la justice³⁵⁷⁶, de celle du 22 septembre 2010, à propos de la garde à vue en matière de terrorisme³⁵⁷⁷ ou de celle adoptée le 18 juin 2012 concernant la convocation et l'audition par un O.P.J. en enquête préliminaire³⁵⁷⁸. Les décisions relatives aux articles 706-73, 8° *bis* et 706-88 du C.P.P. vont être intéressantes à examiner sous cet angle, car le Conseil devrait logiquement prononcer des censures. Sans doute le contrôle de proportionnalité présente-t-il certains dangers³⁵⁷⁹. Dans les faits, il peut être perçu comme « un contrôle déguisé de l'opportunité, que le juge camoufle dans la terminologie adéquate »³⁵⁸⁰. Toujours est-il qu'il constitue une garantie fondamentale pour les justiciables à même de subir des atteintes à leurs libertés. Il demeure une exigence distincte applicable à tout acte coercitif dont il convient à présent de vérifier l'intangibilité.

§3 – Contrôle effectif de l'acte coercitif par l'autorité judiciaire

714. Parce qu'il malmène les libertés individuelles, l'acte coercitif doit être contrôlé. Prohibant les détentions arbitraires, l'article 66 de la Constitution institue l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle, à l'image de l'*habeas corpus*. De ce texte, il est déduit qu'« elle seule peut valablement prononcer et contrôler des mesures potentiellement compromettantes pour les libertés »³⁵⁸¹. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prévoit aussi un contrôle judiciaire pour les actes coercitifs, en particulier pour les plus graves. Son article 5 §3 énonce que « toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires (...) »³⁵⁸². Le rapport final sur la mise en état des affaires pénales de 1990 souhaitait de même consacrer « la garantie judiciaire » comme troisième principe³⁵⁸³. Celle-ci apparaît

³⁵⁷⁶ C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, n°2010-80, préc., cons. 6, 7 et 8, où il ne fait que reprendre les conditions et garanties légales entourant le déferement et d'en conclure que la conciliation est assurée entre l'objectif de bonne administration de la justice et le principe selon lequel nul ne doit être soumis à une rigueur qui ne soit nécessaire.

³⁵⁷⁷ C.C., Q.P.C., 22 sept. 2010, n°2010-31, préc., cons. 5, estimant que les dispositions prévoyant une garde à vue pouvant atteindre six jours pour des crimes ou délits constituant des actes de terrorisme, compte tenu des garanties fixées par le législateur, respectent le principe résultant de l'article 9 de la Déclaration de 1789 et de l'article 66 de la Constitution (proportionnalité respectée par conséquent).

³⁵⁷⁸ C.C., Q.P.C., 18 juin 2012, n°2012-257, préc., cons. 7, où un contrôle pour le moins restreint est effectué, car le Conseil se contente de reprendre les règles législatives envisagées et de conclure à l'absence de conciliation déséquilibrée. V. aussi, B. DE LAMY, obs. sur C.C., Q.P.C., 18 juin 2012, n°2012-257, Rev. sc. crim., 2013, chron., p. 441, spéc. p. 443.

³⁵⁷⁹ Sur ce point, V. F. TERRE, La proportionnalité comme principe ?, J.C.P., 2009, n°25, Etude n°31, p. 52 et s., spéc. n°14, p. 57 ; J.-P. MARGUENAUD, *op. cit.*, sur « les figures emblématiques du contrôle de proportionnalité » que sont le président Magnaud et le roi Salomon.

³⁵⁸⁰ P. MOOR, *Systématique et illustration (...)*, *op. cit.*, p. 338.

³⁵⁸¹ G. BEAUSSONIE et *alii*, Contribution à l'étude de la notion « d'autorité judiciaire », in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, Thèmes et commentaires, V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), p. 161 et s., spéc. p. 162.

³⁵⁸² Sur cette garantie judiciaire, M. DELMAS-MARTY, *Réflexions sur l'hybridation en procédure pénale : nécessité du droit comparé à l'heure de l'internationalisation pénale*, Mélanges B. BOULOC, Dalloz, 2007, p. 313 et s., spéc. p. 316.

³⁵⁸³ La mise en état des affaires pénales, *op. cit.*, p. 115. Selon ce principe, « un juge doit intervenir, dès la mise en état des affaires pénales, pour tous les actes relatifs aux libertés individuelles (liberté d'aller et venir, vie privée...). Cette intervention peut présenter plusieurs formes selon que le juge prend lui-même la décision, l'autorise ou la contrôle. En cas de privation de

à l'article préliminaire, III, du Code de procédure pénale, qui dispose que les mesures de contraintes dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet « sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire »³⁵⁸⁴. En dépit de son caractère classique, cette garantie fondamentale évolue depuis quelques temps déjà. Cette évolution repose néanmoins sur un paradoxe. D'un côté, l'auteur qui opère le contrôle de l'acte coercitif fait l'objet d'un encadrement accru (A). Ce qui n'empêche pas, d'un autre côté, l'effritement progressif de l'effectivité de ce contrôle (B).

A – Encadrement accru de l'auteur du contrôle

715. Procéder au contrôle d'un acte coercitif s'avère aussi essentiel que délicat, surtout lorsque l'individu se trouve privé de liberté. Le magistrat amené à exercer cette fonction doit, en toute logique, posséder certaines qualités. Ces dernières ont été peu à peu renforcées (1°) afin de sauvegarder au mieux les libertés des justiciables. La méfiance manifestée à l'égard de l'auteur du contrôle de l'acte coercitif ne s'arrête pas là. En droit français, elle s'illustre en plus par un choix maîtrisé de celui-ci (2°).

1° - Qualités renforcées de l'auteur du contrôle

716. Chargée de vérifier la légalité, la nécessité et la proportionnalité des actes coercitifs, l'autorité judiciaire, mentionnée à l'article 66 de la Constitution, se caractérise à titre principal par son indépendance. Les jurisprudences constitutionnelle et européenne s'accordent sur ce critère organique³⁵⁸⁵. Elles n'en ont cependant pas la même conception. Le Conseil constitutionnel adopte une approche statutaire de l'indépendance, tandis que la Cour de Strasbourg réalise un examen concret de celle-ci³⁵⁸⁶. En France, les membres du ministère public sont hiérarchisés entre eux, le garde des Sceaux se situant au sommet de cette subordination hiérarchique³⁵⁸⁷. Contrairement aux magistrats du

liberté, elle impose au juge d'entendre personnellement l'intéressé et implique le pouvoir d'ordonner la cessation de la mesure ».

³⁵⁸⁴ Il s'agit d'étudier principalement le contrôle judiciaire de l'acte coercitif, c'est-à-dire les contrôles non juridictionnels de magistrats. Le contrôle juridictionnel de cet acte sera traité dans le troisième chapitre de la seconde partie. En droit européen, il s'agit surtout du contrôle prévu à l'article 5 §3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, plutôt que celui prévu à son article 5 §4. Sur ce dernier, V. *infra*, n°1104 et s.

³⁵⁸⁵ Sur ce point et pour une étude de l'indépendance dans la jurisprudence constitutionnelle : G. BEAUSSONIE et *alii*, *op. cit.*, p. 163 et 164.

³⁵⁸⁶ *Ibid.*

³⁵⁸⁷ Art. 5 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, J.O. du 23 déc. 1958, p. 11551 ; Art. 30 du C.P.P., modifié par la loi n°2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, J.O. du 26 juill. 2013, p. 12441 ; E. VERGES, Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens, *Rev. sc. crim.*, 2013, chron., p. 605 et s. ; J. ALIX, Les hésitations de la politique criminelle, *Rev. sc. crim.*, 2013, chron., p. 677 et s., spéc. p. 682 à 684. Le projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature ayant été abandonné (Assemblée nationale, 2013, n°815), le parquet n'est toujours pas indépendant et le lien hiérarchique subsiste. Le principal apport de la loi du 25 juillet 2013 consiste à interdire expressément au garde des Sceaux d'adresser des instructions dans les affaires individuelles et de reconnaître ainsi la distinction entre la politique pénale et l'action publique (V. E. VERGES, *op. cit.*, p. 608 à 610). Pour le

siège, ils ne sont donc pas indépendants et ne bénéficient pas du principe de l'inamovibilité³⁵⁸⁸. D'après le juge constitutionnel, longtemps soutenu par la Cour de cassation, l'autorité judiciaire comprend pourtant « à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet »³⁵⁸⁹. Cette position a une conséquence assez claire : les parquets peuvent fort bien contrôler les actes coercitifs.

717. Une telle solution apparaît d'emblée peu conforme aux exigences conventionnelles. La Cour européenne n'a fait que redoubler de vigilance vis-à-vis de cet « autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires », susceptible de contrôler l'arrestation et la détention³⁵⁹⁰ de la personne traduite devant lui³⁵⁹¹. Elle veille à ce qu'il présente les garanties propres à l'autorité judiciaire, celles appropriées à l'exercice des fonctions judiciaires et, en premier lieu, « l'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties »³⁵⁹². Dans l'arrêt *Schiesser / Suisse* de 1979³⁵⁹³, elle a ajouté deux conditions, l'une de procédure et l'autre de fond. La première impose à ce magistrat d'entendre personnellement l'individu qui lui est déféré. La seconde l'astreint à examiner « les circonstances qui militent pour ou contre la détention, de se prononcer selon des critères juridiques sur l'existence de raisons la justifiant et, en leur absence, d'ordonner l'élargissement ».

718. Dans l'optique de préserver davantage les justiciables du risque d'arbitraire, la jurisprudence européenne a par la suite évolué. Elle a accentué sa vigilance à l'égard du magistrat investi du contrôle de l'acte coercitif, attentatoire à la liberté individuelle en l'occurrence, en exigeant qu'il possède des qualités supplémentaires. L'indépendance du ministère public vis-à-vis de l'exécutif ne suffit plus, il doit de surcroît se montrer impartial en n'étant plus partie lui-même³⁵⁹⁴. Ainsi l'impartialité d'un

reste, notamment l'impartialité du parquet affirmée par la loi mais qui ne s'accompagne d'aucune mesure concrète destinée à la rendre effective, cette loi constitue davantage un symbole qu'une réelle avancée. V. aussi, E. BONIS-GARÇON, O. DECIMA, Grâce et disgrâce des instructions hiérarchiques, J.C.P., 2013, 955, notant que « la loi du 25 juillet 2013 possède une valeur essentiellement symbolique et, surtout, sa lettre n'exclut pas le dialogue hiérarchique relatif à une affaire déterminée ».

³⁵⁸⁸ Posé par l'article 4 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958, préc.

³⁵⁸⁹ Le principe est constant : V. C.C., 11 août 1993, n°93-326 DC, préc., cons. 5 ; C.C., 29 août 2002, n°2002-461 DC, préc., cons. 74 ; C.C., 20 nov. 2003, n°2003-484 DC, préc., cons. 75 ; C.C., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, préc., cons. 98 ; C.C., Q.P.C., 30 juill. 2010, n°2010-14/22, préc., cons. 26 ; C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, n°2010-80, préc., cons. 11 ; C.C., Q.P.C., 6 mai 2011, n°2011-125, préc., cons. 8. Pour la Cour de cassation, V. Cass. crim., 10 mars 1992, Bull. crim., n°105 ; Cass. crim., 4 janv. 2006, Bull. crim., n°5 (implicitement). Sur ce point, Y. MAYAUD, Le statut du ministère public : le point de vue du professeur, in *La procédure pénale française est-elle soluble dans la Convention européenne des droits de l'homme ?*, R.D.A., n°2, 2010, p. 55 et s., not. p. 56 et 57, notant que pour le juge constitutionnel il y a « compatibilité entre la qualité de "magistrats" des membres du parquet et les fonctions qu'ils exercent, "dépendantes" du pouvoir exécutif... ».

³⁵⁹⁰ Outre l'arrestation, le placement en garde à vue d'un suspect ou la mise en détention provisoire d'un mis en examen, il peut s'agir d'une rétention, telle la retenue douanière.

³⁵⁹¹ Art. 5 §3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. Cet « autre magistrat » constitue une notion autonome, affranchie des définitions retenues par les différents droits internes. Le « juge », dont il est également question dans le texte, ne pose pas de problème particulier. En droit français – comme dans les autres Etats parties à la Convention d'ailleurs –, il s'agit d'un magistrat du siège exerçant des fonctions juridictionnelles, indépendant et impartial.

³⁵⁹² CEDH, 4 déc. 1979, *Schiesser / Suisse*, n°7710/76, §31. La Cour prend soin d'ajouter que cette indépendance « n'exclut pas toute subordination à d'autres juges ou magistrats pourvu qu'ils jouissent eux-mêmes d'une indépendance analogue ». Le droit français entre déjà en contradiction avec cette affirmation.

³⁵⁹³ Préc., §31.

³⁵⁹⁴ Sur cette évolution, F. FOURMENT, L. MORTET, Le contrôle de l'autorité judiciaire sur les mesures de contrainte : le cas de la garde à vue, in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, Thèmes

procureur, ou bien d'un auditeur militaire³⁵⁹⁵, peut paraître « sujette à caution » du fait qu'il ait la possibilité ultérieure d'exercer des poursuites dans la même affaire³⁵⁹⁶. Les apparences objectives doivent être sauvegardées, « la confusion, apparente plutôt que réelle, des fonctions » (d'instruction et de poursuite) engendre une violation de l'article 5 §3 de la Convention³⁵⁹⁷. Confirmée, cette évolution a mis en infraction bon nombre de magistrats européens au regard de cette nouvelle exigence³⁵⁹⁸. La notion de magistrat, contenue dans ce texte, se rapproche finalement de la conception du « tribunal indépendant et impartial » de l'article 6³⁵⁹⁹.

719. Dans ce contexte, l'affirmation du juge européen dans la fameuse affaire *Medvedyev*³⁶⁰⁰ se révèle peu surprenante³⁶⁰¹. Se référant à l'arrêt *Schiesser* précité, il a indiqué que « force est cependant de constater que 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 »³⁶⁰². Il est vrai que cette solution repose sur un fondement inattendu, l'article 5 §1 de la Convention et non son article 5 §3. Ce choix discutable a suscité des doutes sur la force de la condamnation du statut du parquet³⁶⁰³. Très attendue, la décision de la Grande chambre est intervenue le 29 mars 2010, mais elle s'est bien gardée de se prononcer sur les qualités du ministère public français³⁶⁰⁴. Elle n'a pas eu besoin de statuer sur cette épineuse

et commentaires, V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), p. 171 et s., spéc. p. 175 ; G. BEAUSSONIE et alii, *op. cit.*, p. 166 et 167, évoquant un « critère fonctionnel essentiel ».

³⁵⁹⁵ V. déjà en ce sens, CEDH, 22 mai 1984, *De Jong, Baljet et Van den Brink / Pays-Bas*, n°8805/79, 8806/79, 9242/81, §49 et 50 ; Rev. sc. crim., 1985, p. 1056, obs. L.-E. PETTITI (violation de l'article 5 §3 de la Convention).

³⁵⁹⁶ CEDH, 23 oct. 1990, *Huber / Suisse*, n°12794/87, §43 ; CEDH, 26 nov. 1992, *Brincat / Italie*, n°13867/88, §20 à 22.

³⁵⁹⁷ J. MURDOCH, L'article 5 (...), *op. cit.*, p. 74. En d'autres termes, peu importe que le magistrat déclenche effectivement par la suite l'action publique, cette simple éventualité suffit à jeter un doute sur son impartialité. V. J.-C. SAINT-PAU, Le ministère public (...), *op. cit.*, n°8 et s. ; Pour une étude plus générale, F. SUDRE, Le mystère des « apparences » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, R.T.D.H., 2009, p. 633 et s., spéc. n°19 à 21, p. 643 à 645.

³⁵⁹⁸ Excepté l'arrêt *Schiesser*, préc., qui a conclu à la non violation de l'article 5 §3 de la Convention, les arrêts postérieurs ont, eux, constaté la violation de ce texte : V. CEDH, 23 oct. 1990, *Huber / Suisse*, préc., §40 à 43, à propos du procureur de district de Zurich ; CEDH, 26 nov. 1992, *Brincat / Italie*, préc., §19 à 22, au sujet du procureur italien ; CEDH, 28 oct. 1998, *Assenov et autres / Bulgarie*, n°90/1997/874/1086 ; §146 à 150 ; J.C.P., 1999, I, 105, n°17, obs. F. SUDRE ; Rev. sc. crim., 1999, p. 386, obs. R. KOERING-JOULIN, pour le magistrat instructeur et le procureur bulgares ; CEDH (Gr. ch.), 25 mars 1999, *Nikolova / Bulgarie*, n°31195/96, §49 à 53 et CEDH, 22 déc. 2004, *Bojilov / Bulgarie*, n°45114/98, §41 et 42 ; CEDH, 4 juill. 2000, *Niedbala / Pologne*, n°27915/95 (en anglais), §53 ; J.C.P., 2001, I, 291, n°13, obs. F. SUDRE, à propos du procureur polonais ; CEDH, 5 avril 2001, *H.B. / Suisse*, n°26899/95, §57, 61 à 64, pour le juge d'instruction suisse, reprenant la jurisprudence *Huber* ; CEDH, 3 juin 2003, *Pantea / Roumanie*, n°33343/96, §236 à 239, pour le procureur roumain. *Adde*, CEDH, 14 juin 2011, *Miroslaw Garlicki / Pologne*, n°36921/07 (en anglais), §106 à 116.

³⁵⁹⁹ J.-F. RENUCCI, *Traité (...)*, *op. cit.*, n°262, p. 320. Sur la notion autonome de « tribunal », V. F. KRENC, La notion de « tribunal » au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, Mélanges PETROS J. PARARAS, Les droits de l'homme en évolution, Sakkoulas-Bruylant, 2009, p. 305 et s., spéc. n°5, p. 308.

³⁶⁰⁰ CEDH, 10 juill. 2008, *Medvedyev et autres / France*, préc.

³⁶⁰¹ Certains auteurs avaient déjà attiré l'attention sur les qualités que doit posséder le magistrat pour répondre aux exigences européennes : V. not., J.-F. RENUCCI, Le procureur de la République est-il un « magistrat » au sens européen du terme ?, Mélanges G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance, vol. II, Bruylant, 2004, p. 1345 et s.

³⁶⁰² §61 de l'arrêt.

³⁶⁰³ Ce fondement « participe d'une interprétation extensive de la notion de "voies légales" au sens de l'art. 5 §1^{er} » : F. FOURMENT, L. MORTET, *op. cit.*, p. 174, note n°29. Un commentateur de l'arrêt a néanmoins souligné que ce « raccordement acrobatique permet de conférer au refus de qualifier le procureur de la République d'autorité judiciaire au sens de la jurisprudence de la Cour la portée la plus forte qu'un arrêt de chambre pouvait lui donner » : J.-P. MARGUENAUD, obs. sur CEDH, 10 juill. 2008, Rev. sc. crim., 2009, p. 176, spéc. p. 178 et 179.

³⁶⁰⁴ CEDH (Gr. ch.), 29 mars 2010, *Medvedyev et autres / France*, n°3394/03, préc. ; D., 2010, p. 898, obs. S. LAVRIC ; D., 2010, p. 952, entretien P. SPINOSI ; D., 2010, p. 1386, note J.-F. RENUCCI et p. 1390, note P. HENNION-JACQUET ;

question puisqu'en l'espèce, les requérants ont été présentés à des juges d'instruction huit à neuf heures après leur arrivée sur le sol français. Or, la Cour précise que ces juges « sont assurément susceptibles d'être qualifiés de "juge ou autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires" au sens de l'article 5 §3 de la Convention »³⁶⁰⁵.

720. Après le « coup de semonce » en 2008, c'est donc un « retour au *statu quo ante* » avec cette décision de 2010³⁶⁰⁶. L'arrêt rendu par la Grande chambre est pourtant intéressant en ce qu'il réaffirme les qualités que doit arborer le magistrat chargé de contrôler l'acte coercitif. Il doit « présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public, et il doit avoir le pouvoir d'ordonner l'élargissement, après avoir entendu la personne et contrôlé la légalité et la justification de l'arrestation et de la détention »³⁶⁰⁷. A la lumière de ces précisions, le parquetier français ne remplit pas les conditions exigées par le droit européen. Il ne correspond pas à cet « autre magistrat » au sens de l'article 5 de la Convention³⁶⁰⁸. Il lui manque l'indépendance et l'impartialité pour revêtir ce visage³⁶⁰⁹. Le juge européen l'a expressément énoncé dans l'arrêt *Moulin* du 23 novembre 2010 : « (...) du fait de leur statut (...), les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui, selon une jurisprudence constante, compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de "magistrat" au sens de l'article 5 §3 »³⁶¹⁰. Dans un arrêt du 15 décembre 2010, la chambre criminelle prend acte de la position européenne et s'y rallie. Elle considère que le ministère public n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5 §3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, vu qu'il « ne présente pas les garanties

J.C.P., 2010, 454, note F. SUDRE ; Rev. sc. crim., 2010, p. 685, obs. J.-P. MARGUENAUD ; J.-B. THIERRY, L'arrêt *Medvedyev c/ France* du 29 mars 2010 : juge d'instruction : 1 – Parquet : 0, Dr. pénal, 2010, Etude n°12. *Adde*, D. REBUT, L'arrêt *Medvedyev* et la réforme de la procédure pénale, D., 2010, p. 970 et s.

³⁶⁰⁵ §128. La Cour ne disposait pas de ces informations lorsqu'elle a statué en formation de section le 10 juillet 2008.

³⁶⁰⁶ J.-F. RENUCCI, note sous CEDH (Gr. ch.), 29 mars 2010, *Medvedyev et autres / France*, D., 2010, p. 1386, spéc. n°4, p. 1387.

³⁶⁰⁷ §124, où la Cour se réfère à la jurisprudence *Assenov* du 28 oct. 1998, préc.

³⁶⁰⁸ Même si l'arrêt de Grande chambre n'a pas condamné expressément le statut du parquet, il est possible de conclure en ce sens. V. aussi, J.-B. THIERRY, *op. cit.*, n°16 et 17 ; P. HENNION-JACQUET, note sous CEDH (Gr. ch.), 29 mars 2010, *Medvedyev et autres / France*, D., 2010, p. 130, spéc. n°2 et 3.

³⁶⁰⁹ Le magistrat du parquet est dépendant à l'égard du pouvoir exécutif, son statut reste dominé par le principe de la subordination hiérarchique précédemment évoqué. Or, pour déterminer si un organe peut passer pour indépendant, notamment à l'égard de l'exécutif et des parties, le juge européen s'attache au « mode de désignation et à la durée du mandat des membres, à l'existence de garanties contre des pressions extérieures et au point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance » : CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell / Royaume-Uni*, n°7819/77, 7878/77, §78. Ce magistrat est également partial car il s'agit d'une partie au procès pénal. Il peut agir ultérieurement contre le requérant dans la procédure, puisqu'il peut exercer des poursuites pénales contre lui.

³⁶¹⁰ CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin / France*, n°37104/06, §57 ; D., 2010, p. 2776, obs. S. LAVRIC ; J.C.P., 2010, act., 1206, obs. F. SUDRE ; D., 2011, p. 277, note J.-F. RENUCCI ; Dr. pénal, 2011, comm. n°26 (1^{ère} espèce), note A. MARON et M. HAAS ; Procédures, 2011, comm. n°30, note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Rev. sc. crim., 2011, p. 208, obs. D. ROETS ; F. FOURMENT, Après l'affaire *Moulin* (CEDH, 5^{ème} sect., 23 nov. 2010), encore du grain à moudre, D., 2011, point de vue, p. 26 et s. V. aussi, sur ce point, P. ROUBLOT, La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le rôle de l'autorité judiciaire dans les investigations policières, *in* Les investigations policières, P.U.A.M., 2012, J. LEBLOIS-HAPPE (dir.), p. 107 et s., spéc. p. 110 et 111.

d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante »³⁶¹¹. Les décisions du procureur de la République relatives aux libertés individuelles (garde à vue, mesures intrusives...) s'avèrent dès lors incompatibles avec sa dépendance fonctionnelle³⁶¹².

721. Le rapport de la commission de modernisation de l'action publique présidée par Jean-Louis NADAL, remis au ministre de la Justice le 28 novembre 2013³⁶¹³, relève le « pas important » réalisé par la loi n°2013-669 du 25 juillet 2013 « dans le sens de l'affirmation de l'indépendance » du parquet. Il prend également soin de préciser que « cette loi reste insuffisante et doit être parachevée par une révision constitutionnelle »³⁶¹⁴, l'objectif étant de « refonder le ministère public » en garantissant son indépendance statutaire. Pour cela, il propose, entre autres, de confier au Conseil supérieur de la magistrature le pouvoir de proposer la nomination des procureurs de la République, des procureurs généraux et des membres du parquet général de la Cour de cassation, de soumettre la nomination des autres magistrats du parquet à l'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature ou de transférer audit Conseil le pouvoir de statuer en matière disciplinaire à l'égard des magistrats du ministère public³⁶¹⁵. Par ailleurs, le rapport précité sur la procédure pénale établi par la mission BEAUME, présenté le 10 juillet 2014, pose une condition préalable indispensable à toute réforme de l'enquête pénale. Il s'agit de la garantie de l'indépendance du parquet qui exige une réforme constitutionnelle de son statut. A défaut, seul le juge du siège pourrait prétendre au rôle de « "premier protecteur" de la liberté individuelle dans l'enquête pénale »³⁶¹⁶.

722. Mais, à bien y regarder, le juge d'instruction n'apparaît pas non plus exempt de tout reproche, malgré le brevet de conventionnalité qui lui a été délivré³⁶¹⁷. La doctrine a souligné que ses pouvoirs « l'assimilent à une véritable partie poursuivante nonobstant son indépendance statutaire à l'égard du pouvoir exécutif », car « il est l'autorité qui décide formellement et matériellement du renvoi devant

³⁶¹¹ Cass. crim., 15 déc. 2010, Bull. crim., n°207 ; D., 2011, p. 15, obs. S. LAVRIC ; D., 2011, p. 338, note J. PRADEL (2^{ème} espèce) ; J.C.P., 2011, 214, note J. LEROY ; Dr. pénal, 2011, comm. n°26 (2^{ème} espèce), note A. MARON et M. HAAS ; Procédures, 2011, comm. n°67, note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Rev. sc. crim., 2011, p. 142, obs. A. GIUDICELLI. La solution a été réaffirmée : Cass. crim., 18 janv. 2011, Bull. crim., n°8 ; A.J. pénal, 2011, jurisp., p. 198, obs. L. ASCENSI ; Procédures, 2011, comm. n°114, obs. J. BUISSON ; Rev. sc. crim., 2011, p. 142, obs. A. GIUDICELLI ; Cass. crim., 20 mars 2013, Inédit, n°12-82112. La réforme opérée par la loi n°2013-669 du 25 juillet 2013 ne change rien à ce titre. Sur ce point, E. VERGES, *op. cit.*, p. 613 à 615.

³⁶¹² Y. MAYAUD, *op. cit.*, p. 58 ; D. GUERIN, Le statut du ministère public : le point de vue du magistrat, *in* La procédure pénale française est-elle soluble dans la Convention européenne des droits de l'homme ?, R.D.A., n°2, 2010, p. 62 et s., not. p. 64 (contrôle et prolongation de la garde à vue) ; V. MALABAT, Droit à la sûreté et droit pénal, *in* Le droit à la sûreté. Etat des lieux, état du droit, Cujas, Actes et études, 2012, L. GARRIDO (dir.), p. 43 et s., spéc. p. 51 et 52.

³⁶¹³ Consultable sur www.justice.gouv.fr ; J.C.P., 2013, act., 1303 ; S. DETRAZ, Refonder le ministère public, J.C.P., 2013, 1326.

³⁶¹⁴ Rapport, p. 10.

³⁶¹⁵ Propositions n°2, 3 et 4, complétées par une cinquième proposition : « soumettre la décision de mutation d'office d'un magistrat du parquet dans l'intérêt du service à l'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature ». Il s'agit de rapprocher le statut du parquet de celui des magistrats du siège. Cette évolution semble inéluctable, compte tenu de la perspective de création d'un « parquet européen » à partir d'Eurojust, conformément aux dispositions du TFUE.

³⁶¹⁶ Rapport préc., consultable sur www.justice.gouv.fr/publication/rap-beaume-2014.pdf, p. 5 et 89.

³⁶¹⁷ CEDH (Gr. ch.), 29 mars 2010, *Medvedyev et autres / France*, préc., §128.

les juridictions pénales »³⁶¹⁸. Cet argument mérite une attention particulière. Il faut se rappeler que la Cour européenne a déjà conclu à la violation de l'article 5 §3 lorsque le magistrat instructeur, ayant décidé de l'arrestation et du placement en détention d'un individu, pouvait intervenir ultérieurement sur le plan des poursuites³⁶¹⁹. Le juge d'instruction français ne peut, certes, ordonner une mise en détention provisoire. Il peut juste faire procéder à une arrestation en décernant un mandat de justice. Sa mission de contrôle des gardes à vue demeure-t-elle pour autant compatible avec la possibilité de renvoyer le mis en examen devant la juridiction de jugement ? La prohibition de la confusion des fonctions invite pour le moins à en douter³⁶²⁰, surtout à l'heure où les qualités exigées de celui auquel incombe le contrôle de l'acte coercitif se renforcent. La maîtrise du choix de l'auteur de ce contrôle procède encore de la volonté de l'encadrer davantage.

2°- Choix maîtrisé de l'auteur du contrôle

723. En droit interne, le Conseil constitutionnel admet que le législateur peut fixer des modalités d'intervention différentes de l'autorité judiciaire selon la nature et la portée des mesures touchant à la liberté individuelle³⁶²¹. Il établit surtout une hiérarchie entre magistrats en fonction de l'intensité de l'acte coercitif. Un principe constant se dégage en effet de la jurisprudence constitutionnelle et de la législation pénale : plus l'acte est coercitif, plus il doit être contrôlé par un magistrat indépendant et impartial, au surplus expérimenté. Malgré la volonté d'assurer l'unité organique de la magistrature judiciaire³⁶²², cet ordre entre magistrats laisse entendre que « certains (les magistrats du siège) seraient plus protecteurs des libertés ou plus magistrats que d'autres (les magistrats du parquet). Ils constituent les uns et les autres l'autorité judiciaire mais leur statut distinct empêche le Conseil de les considérer interchangeables au regard du contrôle des atteintes aux libertés fondamentales »³⁶²³. Cette hiérarchisation se manifeste avec les actes coercitifs attentatoires à la sûreté personnelle.

³⁶¹⁸ D. REBUT, L'arrêt *Medvedyev* (...), *op. cit.*, p. 971.

³⁶¹⁹ V. not., CEDH, 5 avril 2001, *H.B. / Suisse*, préc., §57, 60 à 64. Sur ce point, J.-F. RENUCCI, note préc. sous CEDH (Gr. ch.), 29 mars 2010, D., 2010, p. 1386, spéc. n°6, p. 1388.

³⁶²⁰ Beaucoup plus catégorique, D. REBUT, *op. et loc. cit.* : « Dans tous les cas, le juge d'instruction de la procédure pénale française n'apparaît donc pas comme étant ce juge distinct des parties que réclame la Cour européenne dans l'arrêt *Medvedyev*. Au contraire, la confusion des fonctions qu'il réalise semble le rendre incompatible avec l'exigence de séparation des autorités de poursuite et de jugement, laquelle est au fondement même du procès équitable ». Comp., ne voyant aucune difficulté à la compétence du juge d'instruction pour le « contrôle de la légalité et de la nécessité de la mesure », le « renouvellement de la garde à vue » et le « pouvoir d'ordonner la remise en liberté à tout moment » : E. VERGES, La transformation du modèle français de la garde à vue : étude d'un exemple d'acculturation de la procédure pénale, R.P.D.P., 2010, p. 865 et s., spéc. p. 873.

³⁶²¹ C.C., 25 fév. 1992, n°92-307 DC, préc., cons. 13.

³⁶²² En posant que l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet.

³⁶²³ C. LAZERGES, Les désordres de la garde à vue, *Rev. sc. crim.*, 2010, p. 275 et s., spéc. p. 282. V. M. ROBERT, L'autorité judiciaire, la Constitution française et la Convention européenne des droits de l'homme, N.C.C.C., 2011, n°32, p. 29 et s., soulignant que « la Constitution et la jurisprudence du Conseil précitée ne sauraient encourir le moindre grief de non conventionnalité pour avoir érigé le magistrat du parquet en première autorité garante des libertés avant l'intervention obligatoire du juge, mais de telles dispositions constituent, à n'en pas douter, une garantie additionnelle à celle de la jurisprudence européenne qui (...) n'a prévu aucune protection organisée des libertés avant la phase juridictionnelle ».

724. Il résulte de l'article 78-3 du C.P.P. que la personne soumise à une vérification d'identité, doit être présentée immédiatement à un O.P.J. Celui-ci l'informe aussitôt de son droit de faire aviser le procureur de la République de la mesure subie. La formulation de ce texte suggère que le parquet n'est pas forcément informé de cet acte³⁶²⁴. S'il n'est pas prévenu, il ne peut pas le contrôler. Cette situation s'avère contestable. La privation de liberté peut tout de même atteindre une durée de quatre heures (huit à Mayotte). S'agissant d'un acte coercitif, il conviendrait d'informer systématiquement ce magistrat afin qu'il le contrôle³⁶²⁵. Ordonnée par un O.P.J., la garde à vue doit au contraire faire l'objet, dans tous les cas, d'un contrôle effectif de la part du procureur de la République ou du magistrat instructeur qui doit être informé dès le début de la mesure³⁶²⁶. Au terme du délai de vingt-quatre heures, elle peut parfois être prolongée de vingt-quatre heures. Comme l'acte devient davantage coercitif, sa durée s'allongeant, la décision de prolongation revient à l'autorité judiciaire, membre du parquet ou juge d'instruction³⁶²⁷.

725. Dans les procédures dérogatoires au droit commun (enquête de criminalité organisée, terrorisme...), la garde à vue n'est pas limitée à quarante-huit heures. Elle peut revêtir une durée supérieure. Le magistrat du parquet n'est cependant plus compétent pour ordonner cette prolongation. L'intensification de la coercition rend nécessaire l'intervention d'un magistrat du siège³⁶²⁸. Le juge constitutionnel l'a déjà précisé dans sa décision des 19 et 20 janvier 1981³⁶²⁹. Il a ensuite vérifié, de façon constante, que la prolongation de la mesure au-delà de quarante-huit heures était assurée par un juge dans ces procédures spécifiques³⁶³⁰. En revanche, il n'a pas posé d'exigences particulières quant

³⁶²⁴ En revanche, lorsqu'il s'agit d'un mineur de dix-huit ans, « le procureur de la République doit être informé dès le début de la rétention », en vertu de l'article 78-3, al. 2 du C.P.P.

³⁶²⁵ Il est frappant de constater que le Conseil constitutionnel, dans sa décision des 19-20 janv. 1981, n°80-127 DC, préc., cons. 58, n'a pas sanctionné cette grave lacune. Il a pris acte de l'intervention du parquet parmi les différentes garanties octroyées à la personne concernée, mais sans la mettre en exergue. Cette position surprend surtout à la lecture de décisions ultérieures : V. par ex., C.C., 10 mars 2011, n°2011-625 DC, préc., cons. 59 : « Considérant qu'il résulte de l'article 66 de la Constitution que la police judiciaire doit être placée sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire ; qu'à cette fin, le Code de procédure pénale, notamment en ses articles 16 à 19-1, assure le contrôle direct et effectif de l'autorité judiciaire sur les officiers de police judiciaire chargés d'exercer les pouvoirs d'enquête judiciaire et de mettre en œuvre les mesures de contrainte nécessaires à leur réalisation ».

³⁶²⁶ Art. 63, al. 2, 77 (procureur) et 154 du C.P.P. (juge d'instruction lors d'une information). Cette obligation d'information ressort de la jurisprudence constitutionnelle : V. C.C., 11 août 1993, n°93-326 DC, préc., cons. 3. En ce qui concerne la garde à vue et la retenue des mineurs, le juge constitutionnel les a encadrées de véritables garanties. En particulier, elles ne peuvent être mises en œuvre que sur décision et sous le contrôle d'un magistrat spécialisé dans la protection de l'enfance : V. C.C., 11 août 1993, préc., cons. 26, 28 à 30 (censure) ; C.C., 20 janv. 1994, n°93-334 DC, préc., cons. 23 à 26 ; C.C., 29 août 2002, n°2002-461 DC, préc., cons. 35.

³⁶²⁷ Pour la prolongation de vingt-quatre heures au plus, l'intervention du procureur a été jugée conforme aux exigences de l'article 66 de la Constitution : C.C., 11 août 1993, préc., cons. 5. La réforme opérée par la loi du 14 avril 2011 conserve ce système.

³⁶²⁸ Plus généralement, dès qu'une rétention, quelle que soit sa forme, dépasse 48 heures, seul un magistrat du siège est compétent pour la prolonger : V. C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, n°2010-80, préc., cons. 11, à propos du défèrement succédant à une mesure de garde à vue de 48 heures ; C. LAZERGES, La question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel en droit pénal : entre audace et prudence, Rev. sc. crim., 2011, chron., p. 193 et s., not. p. 205. Sur la question, F. FOURMENT, L. MORTET, *op. cit.*, spéc. p. 173 ; T. MEINDL, Les implications constitutionnelles de la suppression du juge d'instruction, Rev. sc. crim., 2010, doct., p. 395 et s., spéc. p. 405 et 406.

³⁶²⁹ Préc., spéc. cons. 25.

³⁶³⁰ V. C.C., 3 sept. 1986, n°86-213 DC, préc., cons. 17, pour le terrorisme ; C.C., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, préc., cons. 25, en matière de criminalité organisée. Il ressort de ces décisions que l'intéressé doit être présenté au magistrat du siège. Les

aux qualités que doit posséder ce magistrat du siège³⁶³¹. Si le droit positif n'impose aucune « séparation de la fonction de gardien de la liberté individuelle des autres fonctions pénales lorsqu'il faut prolonger la garde à vue au bout de quarante-huit heures »³⁶³², cette décision appartient au juge des libertés et de la détention dans le cadre de l'enquête, alors qu'elle relève du juge d'instruction au cours de l'information³⁶³³. Il n'y a qu'en matière de terrorisme où une telle séparation se fait jour. Seul le juge des libertés et de la détention se révèle compétent pour ordonner la prolongation exceptionnelle de la mesure au-delà de quatre-vingt-seize heures, que ce soit dans la phase d'enquête ou dans celle d'information³⁶³⁴.

726. D'un point de vue quantitatif, c'est bien sûr le parquet qui contrôle l'immense majorité des actes coercitifs accomplis, car l'instruction ne représente qu'environ quatre pour cent des enquêtes pénales. Il doit vérifier les contrôles et vérifications d'identité, les quarante-huit heures de garde à vue³⁶³⁵, les perquisitions de droit commun... D'une certaine façon, il relègue le juge du siège au rôle de « gardien exceptionnel des libertés publiques », alors même que le système est conçu pour l'ériger en « gardien principal des libertés individuelles »³⁶³⁶. C'est précisément pourquoi la question de son statut et celle de sa mission demeurent si importantes³⁶³⁷. Il reste que pour les actes coercitifs les plus intenses, le juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention se trouvent seuls compétents pour exercer leur contrôle. Le Code de procédure pénale écarte délibérément le ministère public. Cette éviction témoigne d'un choix maîtrisé de l'auteur chargé de contrôler certains actes coercitifs. Le juge du siège serait-il davantage protecteur des libertés individuelles ? La confiance accordée au magistrat du parquet semble plus fragile en raison de son statut et de sa fonction spécifique au sein du procès pénal. Une certaine méfiance règne à son égard³⁶³⁸. Quoi qu'il en soit, il existe bel et bien un ordre, une hiérarchie entre les membres de l'autorité judiciaire³⁶³⁹.

quatre derniers alinéas de l'article 706-88 du C.P.P. (avant l'ajout d'alinéas récents par les lois du 27 mai 2014 et du 10 juillet 2014 pour exclure certains délits) sont devenus l'article 706-88-1 du C.P.P. en vertu de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011.

³⁶³¹ F. FOURMENT, L. MORTET, *op. cit.*, p. 173.

³⁶³² *Ibid.* Se fondant sur la décision n°2004-492 du 2 mars 2004, préc., cons. 25 et s., les auteurs observent encore que « le Conseil constitutionnel a refusé de reconnaître le principe de séparation des fonctions de gardien de la liberté individuelle et de jugement ».

³⁶³³ Art. 706-88, al. 2 du C.P.P. Le magistrat instructeur cumule donc la fonction de gardien de la liberté individuelle avec celle d'instruction.

³⁶³⁴ Art. 706-88-1, al. 1 du C.P.P. (Prolongation supplémentaire de vingt-quatre heures, renouvelable une fois).

³⁶³⁵ Le système n'a pas été modifié par la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 : le procureur de la République autorise la prolongation de l'acte coercitif au bout de vingt-quatre heures pour la même durée, soit quarante-huit heures au total (art. 63, II du C.P.P.). Au-delà de cette durée, seul un magistrat du siège devient compétent pour prolonger la mesure si l'infraction le permet. Il incombe ainsi au parquet de contrôler les quarante-huit premières heures de garde à vue (sauf bien sûr en cas d'information judiciaire où cela incombe au juge d'instruction).

³⁶³⁶ T. MEINDL, *op. cit.*, p. 404.

³⁶³⁷ A cet égard : J.-P. JEAN, Le ministère public français au regard des justices pénales d'Europe, A.J. pénal, 2011, dossier, p. 106 et s., spéc. p. 112 ; D. SOULEZ-LARIVIERE, Le problème du ministère public français, A.J. pénal, 2011, p. 112 et s. ; M. ROBERT, L'avenir du ministère public français, A.J. pénal, 2011, p. 115 et s., spéc. p. 116, sur les missions du parquet, devant notamment « participer au respect des libertés individuelles ».

³⁶³⁸ Au point que certains proposent, au cas où son statut ne serait pas revu, de lui soustraire sa compétence pour « les décisions et les contrôles intéressant la liberté individuelle », car ceux-ci « devraient relever d'une autorité judiciaire c'est-à-dire d'un organe indépendant et offrant au justiciable d'autres garanties concrètes » : G. BEAUSSONIE et *alii*, *op. cit.*, p. 167. Le rapport BEAUME sur la procédure pénale, précité, indique, p. 30, que « le ministère public est le "premier niveau" ».

727. La répartition des prérogatives exercées par ces membres suivant la gravité de l'atteinte causée aux libertés individuelles, en durée ou en degré, n'est pas nouvelle. Elle apparaît dès 1981 avec le mandat de dépôt. Cet acte très coercitif ne peut être décerné que par un magistrat du siège, indépendant et impartial³⁶⁴⁰. Celle-ci se généralise avec la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité³⁶⁴¹. Cette loi met en exergue le rôle primordial du magistrat du siège dans le contrôle des actes d'enquête particulièrement coercitifs ou intrusifs³⁶⁴². Le parquet reste à chaque fois écarté, il n'est pas apte à les décider. Ce qui frappe à l'examen des dispositions légales, c'est que ces mesures requièrent aussi un contrôle *a priori* du juge vu qu'il doit les autoriser³⁶⁴³. L'autorisation d'exécuter un acte de ce genre implique une vérification de sa légalité, de sa nécessité et de sa proportionnalité afin d'éviter toute atteinte illégale ou injustifiée aux libertés individuelles. Dans la mesure où il ne porte que sur certains actes des procédures dérogatoires, ce contrôle *a priori* reste assez rare en procédure pénale³⁶⁴⁴. Il faut le regretter car il constitue une garantie supplémentaire pour les justiciables³⁶⁴⁵.

de protection des droits fondamentaux au cours de l'enquête, mais il doit se repositionner dans un rôle de contrôle de la légalité, de la proportionnalité, de la nécessité et de la qualité de l'enquête »

³⁶³⁹ En ce sens aussi, C. LAZERGES, *op. cit.*, p. 283. La mission BEAUME estime, p. 32, que le juge des libertés et de la détention, gardien naturel « de second niveau » de la liberté individuelle ou de la vie privée susceptibles d'être compromises par une enquête, ne doit intervenir « que » pour garantir la légalité et la proportionnalité de l'investigation attentatoire à la liberté ou à la vie privée. Elle juge l'économie actuelle du C.P.P. « très satisfaisante ».

³⁶⁴⁰ V. C.C., 19-20 janv. 1981, n°80-127 DC, préc., cons. 34.

³⁶⁴¹ Cette loi n'a fait que renforcer cette réalité juridique, laquelle avait déjà été signalée : V. E. COPPER-ROYER, L'autorité judiciaire (...), *op. cit.*, p. 123 ; T.-S. RENOUX, note sous C.C., 11 août 1993, R.F.D.C., 1993, p. 848, spéc. p. 849 : « Il existe donc bien (...) à l'intérieur de l'autorité judiciaire, une répartition constitutionnelle des attributions exercées, entre agents et officiers de police judiciaire, les magistrats du parquet et les magistrats du siège, répartition constitutionnelle directement fonction du degré de sévérité de l'atteinte à la liberté de l'individu ».

³⁶⁴² Dans le même sens, Y. BOT, L'évolution des prérogatives du ministère public français, Mélanges P. LEGER, Le droit à la mesure de l'homme, Pedone, 2006, p. 25 et s., spéc. p. 31 ; T. MEINDL, *op. cit.*, p. 406.

³⁶⁴³ Ce régime de l'autorisation judiciaire préalable de l'acte coercitif existait évidemment avant cette loi. Il avait du reste donné lieu à une censure de la part du juge constitutionnel en matière de fouille de véhicules, le législateur ayant omis de prévoir l'autorisation préalable de ces opérations par l'autorité judiciaire : V. C.C., 18 janv. 1995, n°94-352 DC, préc., cons. 19 et 20. Comp. cependant, C.C., 13 mars 2003, n°2003-467 DC, préc., cons. 13 et 14.

³⁶⁴⁴ Il n'est pas non plus exigé en matière de visite des navires par les agents des douanes : V. C.C., Q.P.C., 29 nov. 2013, n°2013-357, *Société Wesgate Charters Ltd*, J.O. du 1^{er} déc. 2013, p. 19603 (et C.C., Q.P.C., 29 déc. 2013, n°2013-357R, J.O. du 1^{er} janv. 2014, p. 33, pour la rectification de l'erreur matérielle, l'abrogation des articles 62 et 63 du Code des douanes ayant lieu au 1^{er} janv. 2015) ; A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 84, obs. G. ROUSSEL ; Dr. pénal, 2014, comm. n°10, note J.-H. ROBERT ; Procédures, 2014, comm. n°27, obs. J. BUISSON ; R.P.D.P., 2014, chron., p. 120, obs. T.-S. RENOUX et X. MAGNON. Le Conseil valide le principe même de la visite et ne la soumet pas à une autorisation préalable d'un juge, mais souligne son imprécision et l'absence de garanties apportées à l'atteinte à la vie privée et au domicile. Les articles 62 et 63 du Code des douanes n'établissent pas un contrôle judiciaire suffisant sur ces mesures qui constituent une intrusion dans le domicile (sur la réforme à opérer : G. ROUSSEL, obs. préc., spéc. p. 86). Comme il l'a été écrit, l'atteinte portée à l'inviolabilité du domicile « ne doit-elle pas, dans tous les cas, être placée sous le contrôle effectif d'un juge, qui, grâce aux moyens actuels de communication, peut être saisi en tous les lieux et en toute heure ? Ne risque-t-on pas sinon de voir se développer avec le Code des douanes, un "Code de procédure pénale de poche", autorisant les mêmes atteintes aux droits les plus fondamentaux, mais sans les mêmes garanties ? » : T.-S. RENOUX et X. MAGNON, obs. préc., spéc. p. 122.

³⁶⁴⁵ Sur le constat de la rareté de ce type de contrôle, G. GIUDICELLI-DELAGE, La juste distance... Réflexions autour de mauvaises (?) questions. A propos de la réforme de l'instruction et de la procédure pénale française, Mélanges B. BOULOC, Dalloz, 2007, p. 389 et s., spéc. p. 394. Toutefois, l'auteur relativise la force de cette garantie en faisant remarquer que le juge « entérine quasi systématiquement les demandes du ministère public ou de la police », notamment parce que « les contrôles se font, le plus souvent en légalité », alors qu'« apprécier la légalité devrait imposer d'apprécier effectivement la nécessité et la proportionnalité de la mesure demandée, ce qui rendrait accessoire – mais non absolument inutile – une appréciation en opportunité. Car concevoir autrement le contrôle risquerait fort de vider le principe de la garantie de sa substance » (p. 400).

728. Ainsi l'autorisation préalable d'un magistrat du siège s'avère nécessaire pour procéder à des perquisitions et saisies de nuit. L'exigence a été posée par le Conseil constitutionnel dans ses décisions du 16 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme³⁶⁴⁶ et du 2 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité³⁶⁴⁷. Elle ressort des articles 706-89 à 706-91 du C.P.P., applicables en cas d'infraction de criminalité et délinquance organisées. La décision appartient, dans cette hypothèse, au juge des libertés et de la détention dans le cadre d'une enquête (préliminaire ou de flagrance) ou au juge d'instruction lors d'une information. Elle incombe donc à un magistrat du siège extérieur à l'enquête ou bien au magistrat instructeur, mais sous de strictes conditions compte tenu de son implication dans l'enquête³⁶⁴⁸.

729. Ces mêmes juges sont encore compétents pour autoriser des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications³⁶⁴⁹. Eux seuls peuvent également ordonner des sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules au cours de l'instruction³⁶⁵⁰. Si la sonorisation concerne un lieu d'habitation et que l'opération doit intervenir entre vingt et une heures et six heures, le magistrat instructeur a l'obligation de saisir le juge des libertés et de la détention qui jouit d'une compétence exclusive pour délivrer l'autorisation³⁶⁵¹. Nul doute désormais que plus l'acte possède une nature coercitive, plus il impose le contrôle d'un magistrat indépendant et impartial. Que l'auteur chargé de cet examen soit davantage surveillé et donc encadré, apparaît plutôt heureux pour le respect des libertés individuelles. Toutefois, cela ne suffit pas. Il faut en outre que ce contrôle soit véritablement effectif. Or les exigences semblent parfois moins strictes à ce sujet.

B – Effritement progressif de l'effectivité du contrôle

730. Pour revêtir un caractère effectif, le contrôle judiciaire d'un acte coercitif doit présenter certaines qualités. Un examen tardif, superficiel ou subordonné à des conditions drastiques serait dénué d'effectivité, voire de tout intérêt. De nombreuses exigences ont été posées en vue d'aboutir à celle-ci. En raison de la montée des préoccupations sécuritaires, elles ont cependant été aménagées ces dernières années. Pareille ascension explique, pour une bonne part, l'effritement de l'effectivité du contrôle opéré sur l'acte coercitif (1°). A cette explication, succèdera l'étude des manifestations de cet effritement (2°).

³⁶⁴⁶ N°96-377 DC, préc., cons. 17.

³⁶⁴⁷ N°2004-492 DC, préc., cons. 46 (enquête de flagrance), 50 et 51 (enquête préliminaire), 55 (instruction).

³⁶⁴⁸ V. C.C., 2 mars 2004, cons. 55 et 56 avec la réserve d'interprétation émise ; Art. 706-91 du C.P.P. Dans sa décision du 16 juill. 1996, préc., le juge constitutionnel a pourtant censuré les visites, perquisitions et saisies de nuit au cours de l'instruction préparatoire, au motif que « l'autorité déjà investie de la charge de celle-ci se voit en outre attribuer les pouvoirs d'autoriser, de diriger et de contrôler les opérations en cause » (cons. 18).

³⁶⁴⁹ Art. 706-95 du C.P.P., le parquet formant la requête ; C.C., 2 mars 2004, préc., cons. 59 et 60.

³⁶⁵⁰ Art. 706-96 du C.P.P., le parquet donnant son avis ; C.C., 2 mars 2004, préc., cons. 64.

³⁶⁵¹ Art. 706-96, al. 2 du C.P.P.

1°- Explication de cet effritement progressif

731. Les juges constitutionnels et européens ont multiplié les exigences afin de rendre effectif le contrôle judiciaire de l'acte coercitif³⁶⁵². Leurs efforts restent cohérents, certains de ces actes tels la vérification d'identité, la garde à vue ou la détention provisoire affectant la liberté individuelle dont l'autorité judiciaire assure la surveillance en vertu de l'article 66 de la Constitution de 1958³⁶⁵³. Lorsque celle-ci est mise en cause, la condition fondamentale qui permet d'en accepter la limitation « se trouve dans des “garanties juridictionnelles” ou “dans le rôle confié à l'autorité judiciaire” qui doit pouvoir “vérifier la régularité des opérations” »³⁶⁵⁴. Même en l'absence de toute prévision législative, le Haut conseil charge le juge judiciaire « du contrôle concret de l'exécution de toute mesure de contrainte légalement prévue »³⁶⁵⁵. Ce contrôle doit être rapide, automatique et intense. En un mot, il faut qu'il soit « efficace »³⁶⁵⁶.

732. La célérité du contrôle judiciaire s'impose comme une condition substantielle de son effectivité. Quel intérêt présenterait-il s'il était exercé plusieurs jours après l'adoption d'une mesure privative de liberté, à l'exemple d'un placement en garde à vue ? A vrai dire, il en posséderait peu. C'est pourquoi le Conseil constitutionnel ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme exigent une intervention de l'autorité judiciaire dans le plus court délai possible³⁶⁵⁷. Sauf circonstances exceptionnelles, il faut qu'elle intervienne aussitôt après l'arrestation et la mise en détention du

³⁶⁵² Mais encore faut-il qu'un contrôle existe, indépendamment de la question de son effectivité. Certaines affaires portées devant la Cour européenne sont à cet égard édifiantes. Elles mettent en évidence qu'aucun contrôle judiciaire n'est parfois exercé sur l'acte coercitif, ce qui est inadmissible : V. par ex., CEDH, 8 nov. 2005, *Karagöz / Turquie*, n°78027/01, §55 à 60 ; CEDH, 22 juill. 2008, *Tonka et autres / Turquie*, n°11381/02, §74 à 80, pour une garde à vue d'environ neuf jours avant comparution devant un juge, cumulée à « une situation équivalente à une garde à vue pendant environ vingt-sept jours » sans contrôle judiciaire !

³⁶⁵³ Selon le Haut conseil, l'autorité judiciaire doit exercer un contrôle effectif, réel et complet « pour que celle-ci exerce la responsabilité et le pouvoir de contrôle qui lui reviennent » : C.C., 25 fév. 1992, n°92-307 DC, préc., cons. 15. V. C.C., 13 mars 2003, préc., cons. 8 et 10 ; C.C., 2 mars 2004, préc., cons. 4 et 6 (réserve générale). Sur ce point, A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal (...)*, *op. cit.*, n°504 et s.

³⁶⁵⁴ F. LUCHAIRE, *La sûreté (...)*, *op. cit.*, spéc. p. 632 ; V. aussi, J. RIVERO, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le principe de liberté (...)*, *op. cit.*, spéc. p. 85 et 86. Pour les contrôles et vérifications d'identité, V. par ex., C.C., 26 août 1986, n°86-211 DC, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, Rec., p. 120, cons. 3 et 4 ; C.C., 5 août 1993, n°93-323 DC, préc., cons. 5 et 10.

³⁶⁵⁵ J. BUISSON, obs. sur Cass. crim., 21 mars 2007, R.P.D.P., 2009, p. 195, spéc. p. 199, se fondant notamment sur C.C., 18 janv. 1995 et C.C., 16 juill. 1996, préc.

³⁶⁵⁶ CEDH, 6 sept. 1978, *Klass et autres / Allemagne*, préc., spéc. §55, posant que la prééminence du droit « implique, entre autres, qu'une ingérence de l'exécutif dans les droits d'un individu soit soumise à un contrôle efficace que doit normalement assurer, au moins en dernier ressort, le pouvoir judiciaire car il offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière » ; V. P. WACHSMANN, *La prééminence du droit (...)*, *op. cit.*, spéc. p. 251, 252 et 277. Sur les qualités du contrôle : P. ROUBLOT, *La jurisprudence de la Cour européenne (...)*, *op. cit.*, p. 113 et s.

³⁶⁵⁷ Pour la jurisprudence constitutionnelle : C.C., 9 janv. 1980, n°79-109 DC, préc., qui censure la possibilité de maintenir un étranger en détention pendant sept jours sans qu'un juge n'ait à intervenir ; C.C., 25 fév. 1992, préc., cons. 17, relevant que le législateur n'a pas « réservé la possibilité pour l'autorité judiciaire d'intervenir dans les meilleurs délais ». Pour la jurisprudence européenne : CEDH, 22 mai 1984, *De Jong, Baljet et Van den Brink / Pays-Bas*, préc., §51 et 52 : « Les premiers mots de l'article 5 par. 3 (...) visent à assurer un contrôle judiciaire rapide et automatique d'une détention ordonnée par la police ou l'administration dans les conditions du paragraphe 1 c) » (§51) ; CEDH (Gr. ch.), 29 avril 1999, *T.W. / Malte*, n°25644/94, §42. Sur ce point, P. WACHSMANN, *De la qualité de la loi à la qualité du système juridique*, Mélanges G. COHEN-JONATHAN, vol. II, Bruylant, 2004, p. 1687 et s., spéc. p. 1701.

justiciable³⁶⁵⁸ ; ce qui s'entend, au plus, d'une durée de quatre jours et six heures³⁶⁵⁹. Posé par l'arrêt *Brogan et autres*, ce principe a été confirmé à maintes reprises³⁶⁶⁰. Il s'applique dans tous les cas, même dans les affaires de terrorisme, car seule l'intervention rapide de l'autorité judiciaire peut permettre « la détection et la prévention de mauvais traitements (...) qui risquent d'être infligés aux personnes détenues, notamment pour leur extorquer des aveux »³⁶⁶¹.

733. Privatif de liberté, l'acte coercitif doit de surcroît faire l'objet d'un examen automatique³⁶⁶². Il ne peut pas être rendu tributaire d'une demande formée au préalable par l'individu détenu. La garantie offerte par l'article 5 §3 demeure distincte de celle prévue par l'article 5 §4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, laquelle fournit au justiciable le droit de solliciter sa libération. L'automatisme du contrôle reste nécessaire pour atteindre le but de ce paragraphe. En effet, une personne soumise à des mauvais traitements pourrait se trouver dans l'impossibilité de saisir le juge d'une demande de contrôle de la légalité de sa détention. La même situation pourrait toucher d'autres catégories vulnérables de personnes arrêtées : celles atteintes d'une déficience mentale ou celles qui ne parlent pas la langue du magistrat³⁶⁶³.

734. D'autres exigences subsistent en vue de rendre l'intervention judiciaire effective. Le juge doit entendre lui-même la personne détenue avant de prendre la décision adéquate³⁶⁶⁴. A cette exigence de procédure, s'ajoute l'exigence de fond qui veut que le magistrat se penche sur le bien-fondé de la

³⁶⁵⁸ V. C.C., 11 août 1993, n°93-326 DC, préc., cons. 3, exigeant ce principe au moyen d'une réserve d'interprétation, s'agissant de l'information donnée au parquet par l'O.P.J. du placement en garde à vue. Si le procureur de la République est informé par l'officier « dans les meilleurs délais », cela 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 » ; C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, n°2010-80, préc., cons. 10, qui émet une réserve d'interprétation : l'information « sans délai » du parquet de l'arrivée de la personne déférée dans les locaux de la juridiction.

³⁶⁵⁹ Depuis l'arrêt de référence : CEDH, 29 nov. 1988, *Brogan et autres / Royaume-Uni*, n°11209/84, 11234/84, 11266/84 et 11386/85, §58, 59, 61 et 62. Avant cette décision – outre les arrêts déjà évoqués – V. CEDH, 26 oct. 1984, *McGoff / Suède*, n°9017/80, §27 (incarcération pendant quinze jours avant la comparution devant le tribunal). Sur l'interprétation à donner à l'adverbe « aussitôt », J. MURDOCH, *op. cit.*, p. 71 et 72 ; J.-F. RENUCCI, *Traité (...)*, *op. cit.*, n°262, p. 318 à 320.

³⁶⁶⁰ V. CEDH, 18 déc. 1996, *Aksoy / Turquie*, n°21987/93, §66, 78 et 84 ; J.C.P., 1997, I, 4000, n°8 et 44, obs. F. SUDRE (violation de l'article 5 §3 de la Convention pour une détention pendant quatorze jours sans intervention judiciaire) ; CEDH, 26 nov. 1997, *Sakik et autres / Turquie*, n°87/1996/67/897-902, §45 ; Rev. sc. crim., 1998, p. 384, obs. R. KOERING-JOULIN, pour des gardes à vue de douze et quatorze jours sans contrôle judiciaire ; CEDH, 11 juill. 2000, *Dikme / Turquie*, n°20869/92, §58 et s. et not. §66 ; CEDH, 31 juill. 2007, *Asan et autres / Turquie*, n°56003/00 ; R.I.D.P., 2007, p. 255, obs. L. MORTET ; CEDH, 19 juill. 2007, *Tus et autres / Turquie*, n°7144/02 et 39865/02 ; R.I.D.P., 2007, p. 256, obs. L. MORTET ; CEDH, 4 mars 2008, *Samoila et Cionca / Roumanie*, n°33065/03, §50 à 53 ; CEDH, 1^{er} avril 2008, *Varga / Roumanie*, n°73957/01, §53, affirmant qu'un délai de trois jours répond au terme « aussitôt » ; CEDH, 30 sept. 2008, *Mehmet Sahin et autres / Turquie*, n°5881/02, préc. ; CEDH, 23 juin 2009, *Oral et Atabay / Turquie*, n°39686/02, §40 et s. ; R.I.D.P., 2009, n°10, p. 618, obs. L. MORTET.

³⁶⁶¹ CEDH, 11 juill. 2000, *Dikme / Turquie*, préc., §66.

³⁶⁶² V. déjà, CEDH, 22 mai 1984, *De Jong, Baljet et Van den Brink / Pays-Bas*, préc., §51.

³⁶⁶³ CEDH (Gr. ch.), 29 avril 1999, *Aquilina / Malte*, n°25642/94, §49 ; CEDH (Gr. ch.), 29 avril 1999, *T.W. / Malte*, préc., §43. Dans un arrêt récent, la Cour rappelle que « le but poursuivi par l'article 5 §3 de la Convention est de permettre de détecter tout mauvais traitement et de réduire au minimum toute atteinte injustifiée à la liberté individuelle afin de protéger l'individu, par un contrôle automatique initial, et ce dans une stricte limite de temps qui ne laisse guère de souplesse dans l'interprétation » : CEDH, 27 juin 2013, *Vassiss et autres / France*, n°62736/09, préc., §61.

³⁶⁶⁴ CEDH (Gr. ch.), 29 avril 1999, *Aquilina / Malte*, préc., §50 et *T.W. / Malte*, préc., §44.

détention³⁶⁶⁵. Il ne s'agit pas seulement de vérifier la légalité de l'acte coercitif. Le magistrat doit encore apprécier sa nécessité. En d'autres termes, il faut que le contrôle soit approfondi, qu'il possède une véritable qualité ou intensité³⁶⁶⁶. Son degré d'intensité est d'ailleurs directement fonction de la gravité de la mesure attentatoire à la liberté individuelle³⁶⁶⁷. Malgré toutes ces garanties, l'effectivité du contrôle juridictionnel des mesures privatives de liberté semble s'effriter. Le juge européen est revenu sur une règle importante concernant l'élargissement de la personne détenue. Il considère désormais³⁶⁶⁸ qu'un tel contrôle ne doit pas systématiquement englober la question de la libération, assortie ou non de conditions, pendant la procédure pour des raisons autres que celles se rapportant à la régularité de la détention ou à l'existence de motifs plausibles de soupçonner que l'intéressé a commis une infraction³⁶⁶⁹.

735. Dans l'affaire *McKay*, la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a précisé la fonction du contrôle automatique initial portant sur l'arrestation et la détention d'un individu³⁶⁷⁰. Elle a surtout refusé d'imposer que les magistrats aient nécessairement le pouvoir d'accorder la mise en liberté provisoire à une personne détenue dès sa première comparution après son arrestation³⁶⁷¹. Ce n'est pas, selon elle, une « exigence posée par la Convention et il n'y a aucune raison de principe pour que ces questions³⁶⁷² ne puissent pas être examinées par deux magistrats, dans

³⁶⁶⁵ C'est-à-dire qu'il examine les circonstances militent pour ou contre la détention, se prononce selon des critères juridiques sur l'existence de raisons la justifiant et, en leur absence, ordonne l'élargissement : CEDH (Gr. ch.), 29 avril 1999, *Aquilina / Malte*, préc., §47 et 52 et *T.W. / Malte*, préc., §41 et 46 ; CEDH, 4 mars 2008, *Samoila et Cionca / Roumanie*, préc., §49.

³⁶⁶⁶ Dans un autre domaine que celui des privations de liberté, les juges constitutionnels et européens ont posé des exigences quant à l'intensité du contrôle judiciaire. Il s'agit des perquisitions fiscales : V. C.C., 29 déc. 1983, n°83-164 DC, préc., cons. 28 à 30 ; C.C., 29 déc. 1984, n°84-184 DC, préc., cons. 35 ; C.C., 29 déc. 1989, n°89-268 DC, *Loi de finances pour 1990*, Rec., p. 110, cons. 96. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs jugé l'article L. 16 B du L.P.F., dans sa rédaction issue de la loi du 4 août 2008, conforme à la Constitution : C.C., Q.P.C., 30 juill. 2010, n°2010-19/27, *Epoux P. et autres (Perquisitions fiscales)*, J.O. du 31 juill. 2010, p. 14202 ; CEDH, 21 fév. 2008, *Ravon et autres / France*, préc., §28 ; CEDH, 24 juill. 2008, *André et autre / France*, préc., §45. Il convient encore de signaler la censure prononcée par le juge constitutionnel sur les visites domiciliaires fiscales, dont les demandes d'autorisation émanant des administrations fiscale et douanière auraient pu être fondées sur « toutes les informations qu'elles reçoivent, quelle qu'en soit l'origine » : C.C., 4 déc. 2013, n°2013-679 DC, préc., cons. 39 et 40 : « (...) en permettant que le juge autorise l'administration à procéder à des visites domiciliaires sur le fondement de documents, pièces ou informations de quelque origine que ce soit, y compris illégale, le législateur a privé de garanties légales les exigences du droit au respect de la vie privée et, en particulier, de l'inviolabilité du domicile ». Sur les visites d'entreprises, V. C.C., 11 oct. 1984, n°84-181 DC, préc., cons. 89.

³⁶⁶⁷ V. C.C., 25 fév. 1992, n°92-307 DC, préc., cons. 13.

³⁶⁶⁸ V. pourtant, CEDH (plén.), 18 janv. 1978, *Irlande / Royaume-Uni*, n°5310/71, §199, qui liait la qualité d'autorité judiciaire au pouvoir de prescrire l'élargissement des personnes privées de liberté ; CEDH (Gr. ch.), 29 avril 1999, *Aquilina / Malte*, préc., §54 et *T.W. / Malte*, préc., §48.

³⁶⁶⁹ CEDH (Gr. ch.), 3 oct. 2006, *McKay / Royaume-Uni*, n°543/03, §36 ; J.C.P., 2007, I, 106, n°3, obs. F. SUDRE ; Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, P.U.F., Thémis droit, 6^{ème} éd., 2011, n°19, p. 213, note J.-P. MARGUENAUD.

³⁶⁷⁰ §40. Celui-ci doit permettre « d'examiner les questions de régularité et celle de savoir s'il existe des raisons plausibles de soupçonner que la personne arrêtée a commis une infraction, c'est-à-dire si la détention se trouve englobée par les exceptions autorisées énumérées à l'article 5 §1 c). S'il n'en est pas ainsi, ou si la détention est illégale, le magistrat doit avoir le pouvoir d'ordonner la libération ».

³⁶⁷¹ §39. Il convient par ailleurs de préciser que cet arrêt distingue, selon un critère temporel, deux aspects de l'article 5 §3 de la Convention conférant des droits distincts aux justiciables. Il s'agit des premières heures après l'arrestation, ce qui correspond à la garde à vue, et la période de détention provisoire (§31).

³⁶⁷² D'un côté, celle du premier contrôle automatique de la régularité de la privation de liberté et de l'existence d'un motif de détention, de l'autre celle de la compétence pour examiner une mise en liberté provisoire.

le laps de temps requis », soit le délai maximum de quatre jours posé par l'arrêt *Brogan et autres*³⁶⁷³. Compatible avec l'article 5 §3 de la Convention³⁶⁷⁴, cette séparation du pouvoir de vérifier la légalité de la détention et celui d'ordonner une mise en liberté provisoire, demeure critiquable. Une telle interprétation vient réduire les garanties accordées par ce texte et se montre peu compatible avec le principe de la prééminence du droit³⁶⁷⁵.

736. Sans doute l'élargissement de l'intéressé est-il intervenu, en l'espèce, environ trois jours après son arrestation, de sorte que la procédure suivie a respecté les exigences applicables en la matière. Mais de l'aveu même de la Cour, si le magistrat avait eu le pouvoir d'ordonner la mise en liberté provisoire de celui-ci, il aurait pu être élargi un jour plus tôt³⁶⁷⁶. Cette remarque s'avère pour le moins surprenante. Elle témoigne du déclin de l'intérêt porté au respect de la liberté individuelle. La solution retenue aboutit à différer le moment où le justiciable est susceptible de recouvrer la liberté, puisque le premier magistrat n'a pas la capacité d'ordonner la libération, sauf en cas de détention irrégulière ou illégale. Il existe donc parfois une période de détention injustifiée³⁶⁷⁷. Un tel retard à élargir l'individu lui cause un grief supplémentaire. Il se concilie mal avec l'objet de l'article 5 §3 qui tend à protéger contre les privations de liberté arbitraires. Si l'arrêt *McKay* n'est pas « scandaleux, liberticide ou scélérat »³⁶⁷⁸, il remet néanmoins en cause « l'existence de la “présomption en faveur de la libération” à laquelle il a l'outrecuidance de se référer encore »³⁶⁷⁹.

737. Celui-ci fait ressortir l'effritement de l'effectivité du contrôle exercé sur l'acte coercitif. Il vide la garantie d'une partie de sa substance en admettant qu'un magistrat qui examine la régularité d'une privation de liberté n'ait pas, en toute hypothèse, le pouvoir de décider la mise en liberté du justiciable. Pareille solution s'explique par la progression des idées sécuritaires, la prise en compte des intérêts de la répression. Après le juge constitutionnel, c'est au tour du juge européen de s'illustrer par leur prise en considération. Selon toute vraisemblance, ce sont ces contraintes sécuritaires qui ont commandé une telle solution. Il ne faudrait pas qu'elles finissent par inverser la tendance favorable à la liberté individuelle consacrée par la décision *Brogan et autres*³⁶⁸⁰. Quoi qu'il en soit, la position de la Cour européenne dans l'affaire *McKay* contraste avec celle adoptée dans d'autres arrêts, notamment lorsqu'elle s'attache à vérifier *in concreto* la nécessité de la garde à vue³⁶⁸¹. Au nom de considérations

³⁶⁷³ §47.

³⁶⁷⁴ §51, où la Cour conclut à la non violation de ce texte.

³⁶⁷⁵ F. SUDRE, obs. sur CEDH (Gr. ch.), 3 oct. 2006, *McKay / Royaume-Uni*, J.C.P., 2007, I, 106, n°3.

³⁶⁷⁶ §50.

³⁶⁷⁷ Notamment lorsque l'élargissement est prononcé le lendemain du premier examen.

³⁶⁷⁸ Il ne soustrait pas, par exemple, la garde à vue à toute intervention judiciaire, il n'étend pas non plus le délai maximum de cette intervention, fixé par l'arrêt *Brogan et autres*.

³⁶⁷⁹ J.-P. MARGUENAUD, note sous CEDH, 3 oct. 2006, *McKay / Royaume-Uni*, in Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, P.U.F., Thémis droit, 6^{ème} éd., 2011, n°19, p. 213, spéc. p. 216 et 217.

³⁶⁸⁰ Il s'agit du risque principal lié à la prise en compte de ces impératifs sécuritaires. V. à cet égard, J.-P. MARGUENAUD, note préc., p. 202.

³⁶⁸¹ V. par ex., CEDH, 3 fév. 2009, *Ipek et autres / Turquie*, préc. ; F. FOURMENT, L. MORTET, *op. cit.*, p. 177.

plus politiques que juridiques, elle a préféré édulcorer le caractère effectif du contrôle de l'acte coercitif. Ce choix contestable pour la sauvegarde de la liberté individuelle met fin au développement des exigences concernant ce contrôle. Il convient même d'étudier les signes de son déclin.

2° Manifestations de cet effritement progressif

738. Plusieurs décisions rendues par la Cour de Strasbourg et la Cour de cassation conduisent à affaiblir le contrôle judiciaire de l'acte coercitif. En droit européen, une exception importante à la rapidité de cet examen est apparue. Certaines circonstances empêchent de traduire « aussitôt » la personne arrêtée ou détenue devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires. Tel est le cas lorsque les arrestations se produisent en haute mer, à des milliers de kilomètres de l'Etat. Un délai important s'écoule entre celles-ci et la comparution devant un magistrat, étant donné la distance qui sépare le navire du territoire concerné. Dans ces circonstances tout à fait exceptionnelles, la Cour européenne considère qu'il existe une impossibilité matérielle d'amener physiquement le justiciable devant l'autorité judiciaire dans un délai plus bref. Elle a ainsi refusé de conclure à la violation de l'article 5 §3 pour des délais de seize jours³⁶⁸² ou de treize jours³⁶⁸³. L'adverbe « aussitôt » se trouve alors interprété avec la plus grande souplesse. La prise en compte des intérêts de la répression relativise l'exigence de promptitude du contrôle judiciaire exercé sur l'arrestation et la détention³⁶⁸⁴.

³⁶⁸² CEDH, 12 janv. 1999, *Rigopoulos / Espagne*, n°37388/97, Rec., 1999-II, p. 451.

³⁶⁸³ CEDH, 10 juill. 2008, *Medvedyev et autres / France*, préc., §64 à 69 et CEDH (Gr. ch.), 29 mars 2010, *Medvedyev et autres / France*, préc., §128 à 134. Il a été observé, à propos de l'arrêt rendu en 2008, que la Cour « aurait pu se passer d'une telle concession (celle de ne pas prononcer la violation de l'article 5 §3 au motif que l'exigence de promptitude du contrôle judiciaire était respectée en l'espèce) dès lors que la détention était illégale dans son principe même... » : E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2009, chron. n°4, spéc. n°16.

³⁶⁸⁴ V. toutefois, CEDH, 27 juin 2013, *Vassis et autres / France*, préc., §53 à 62 (affaire dite du "Junior"), où une garde à vue a succédé à une période de dix-huit jours de privation de liberté au sens de l'article 5 de la Convention, mais la comparution devant le juge des libertés et de la détention n'a eu lieu qu'après quarante-huit heures supplémentaires. Or, selon la Cour, « rien ne saurait justifier un tel délai supplémentaire d'environ quarante-huit heures » (§59). Le délai de dix-huit jours sans contrôle juridictionnel prive de justification la garde à vue subséquente de quarante-huit heures ; les requérants auraient dû être traduits dès leur arrivée en France devant un « juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » (§60). Il y a donc eu violation de l'article 5 §3 de la Convention (§62). Comme il l'a été signalé, « il faudra peut-être que la Cour s'interroge sérieusement sur la compatibilité (...) d'un délai de "deux ou trois jours" sans présentation à un juge ou à un magistrat par la loi habilité à exercer des fonctions judiciaires avec l'exigence d'un "contrôle automatique initial (...) dans une stricte limite de temps" » : D. ROETS, obs. sur CEDH, 27 juin 2013, *Vassis et autres / France*, Rev. sc. crim., 2013, p. 656, spéc. p. 659. V. aussi, J.-F. RENUCCI, obs. sur CEDH, 27 juin 2013, *Vassis et autres / France*, R.P.D.P., 2013, p. 705, spéc. p. 706, évoquant une « mise en garde européenne importante », la Cour rappelant que « ce court délai (2 à 3 jours) n'a pas pour finalité de mettre à la disposition des autorités un délai dont elles auraient la libre jouissance pour compléter le dossier d'accusation ». Bref, il est grand temps que la Cour détermine avec précision le délai de présentation devant « un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires ». En ce sens aussi, F. FOURMENT, obs. sur CEDH, 27 juin 2013, *Vassis et autres / France*, Gaz. pal., 13-15 oct. 2013, n°286 à 288, p. 41, spéc. p. 43. V. CEDH, 15 oct. 2013, *Gutsanovi / Bulgarie*, préc., §151 à 159 (délai de 3 jours et 6 heures, violation de l'article 5 §3). Le juge de Strasbourg pourrait, au moins, fixer un délai plus court en imposant la présentation du suspect au juge (ou à l'autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires) dans un délai maximum de deux jours après l'arrestation. Certains Etats, comme l'Allemagne ou la Belgique, l'exigent le lendemain ou après vingt-quatre heures de détention : V. D. ROETS, obs. sur CEDH, 15 oct. 2013, *Gutsanovi / Bulgarie*, Rev. sc. crim., 2014, p. 169, spéc. p. 171 et 172.

739. C'est principalement la jurisprudence de la Cour de cassation qui, en réalité, contribue à diminuer l'effectivité du contrôle judiciaire des actes coercitifs³⁶⁸⁵. En matière de garde à vue, la décision de prolongation de la mesure de vingt-quatre heures appartient au procureur de la République au cours de l'enquête. Or, il est difficile de regarder le magistrat du parquet comme un magistrat habilité à se prononcer sur une arrestation ou une détention, puisqu'il conserve la possibilité de poursuivre par la suite la personne traduite devant lui³⁶⁸⁶. Un tel pouvoir semble contradictoire avec les exigences dégagées par le juge européen, en particulier depuis l'affaire *Huber / Suisse*³⁶⁸⁷. La chambre criminelle a pourtant fait fi de cette jurisprudence. Elle a jugé que le procureur de la République peut ordonner un maintien en garde à vue pour vingt-quatre heures supplémentaires³⁶⁸⁸. Conservé par la loi du 14 avril 2011, ce système aurait pu être modifié. Le juge des libertés et de la détention aurait pu décider de la prolongation de la garde à vue de droit commun, à condition d'augmenter le budget de la justice³⁶⁸⁹. Mais comme en droit interne, le parquet n'est pas compétent pour prolonger cette mesure au-delà de quarante-huit heures, l'individu se trouve nécessairement présenté à un juge, qu'il soit déféré devant le juge d'instruction ou le tribunal correctionnel ou que sa garde à vue fasse l'objet d'une prolongation par le juge des libertés et de la détention dans le cadre des procédures dérogatoires. S'il est remis en liberté au bout de vingt-six heures de garde à vue, l'exigence de promptitude n'est pas méconnue, la Cour européenne accordant un délai de trois à quatre jours avant la présentation à un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires. Voilà pourquoi la chambre criminelle refuse de prononcer la cassation³⁶⁹⁰ : en toute hypothèse, la personne est présentée à un juge dans un délai compatible avec l'exigence de brièveté imposée par le texte conventionnel³⁶⁹¹.

³⁶⁸⁵ Il faut d'emblée préciser que la Cour de cassation limite au maximum le champ d'application de l'article 5 §3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. Selon elle, ce texte ne concerne que les personnes détenues avant jugement ; il n'a donc pas vocation à s'appliquer à la détention subie par un accusé appelant d'un arrêt de cour d'assises l'ayant condamné : Cass. crim., 7 mars 2012, Bull. crim., n°63 ; Cass. crim., 17 oct. 2012, Bull. crim., n°219. Elle considère, de plus, que cet article 5 §3 ne s'applique qu'aux personnes visées par le §1 c) dudit article 5, et non à celles contre lesquelles une procédure d'extradition est en cours, qui sont visées par le §1 f) : Cass. crim., 8 mars 2011, Bull. crim., n°49.

³⁶⁸⁶ Rapp., E. BONIS-GARÇON, O. DECIMA, Grâce et disgrâce (...), *op. cit.*, pour qui l'impartialité au sens juridique s'entend comme « une obligation processuelle interdisant de confier à un magistrat du parquet un pouvoir (de contrôle ou de décision) dans une affaire dont il a déjà eu à connaître et alors, force est d'admettre que cette impartialité est inexistante » !

³⁶⁸⁷ CEDH, 23 oct. 1990, *Huber / Suisse*, préc. Pour un exemple de détention provisoire prononcée par un procureur non indépendant : CEDH, 27 nov. 2008, *Solovei et Zozoulia / Ukraine*, n°40774/02 et 4048/03 (en anglais) ; R.I.D.P., 2009, n°17, p. 342, obs. L. MORTET.

³⁶⁸⁸ Cass. crim., 28 janv. 1992, Bull. crim., n°32 ; Cass. crim., 10 mars 1992, préc. ; Cass. crim., 4 janv. 2006, préc. C'est donc bien le parquet qui contrôle les quarante-huit heures de garde à vue durant l'enquête de police. A ce sujet, la Cour de cassation a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel deux questions prioritaires de constitutionnalité portant sur le contrôle des gardes à vue par le parquet : V. Cass. crim., 17 janv. 2012, Inédit, n°11-90114 ; Cass. crim., 4 avril 2012, Inédit, n°12-90010 (*idem* pour la retenue douanière) ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2012, chron. préc., spéc. n°13 ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2013, chron. « un an de... » n°8, spéc. n°16 et 18.

³⁶⁸⁹ En ce sens aussi : F. FOURMENT, Après l'affaire *Moulin* (...), *op. cit.*, p. 27 ; J. LEROY, note sous Cass. crim., 15 déc. 2010, J.C.P., 2011, 214. Rapp., sur la question, au niveau européen : C. MAURO, Procureur de la République et procureur européen : mêmes enjeux, A.J. pénal, 2011, dossier, p. 119 et s., spéc. p. 121.

³⁶⁹⁰ Cass. crim., 15 déc. 2010, préc. ; Cass. crim., 18 janv. 2011, préc.

³⁶⁹¹ L'adverbe « aussitôt », tel qu'interprété non précisément par la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Brogan et autres*, préc. (durée de quatre jours) ou dans l'arrêt *Varga / Roumanie*, préc. (durée de trois jours). Sur l'imprécision de l'adverbe « aussitôt » : F. FOURMENT, *op. cit.*, p. 26 et 27. Adde, J.-P. MARGUENAUD, Le rayonnement interprétatif de la version française de la CEDH, in *L'homme et le droit*, En hommage au Professeur Jean-François FLAUSS, Pedone, 2014, p. 557 et s., spéc. p. 562.

740. La Cour de cassation a estimé, en outre, que la non présentation du gardé à vue au procureur de la République lorsqu'il prolonge l'acte coercitif, n'enfreint ni les dispositions de l'article 77 du C.P.P., ni celles de l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³⁶⁹². Avant l'adoption de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011, le législateur a imposé une décision écrite et motivée dans ce cas. La loi de 2011 conserve cette règle tout en durcissant, au reste, les conditions de prolongation de la mesure : les exigences de nécessité et de proportionnalité se renforcent aux termes de l'article 63, II, alinéa 2, du C.P.P.³⁶⁹³. L'alinéa suivant de ce texte dispose que « l'autorisation (de prolongation) ne peut être accordée qu'après présentation de la personne au procureur de la République. Cette présentation peut être réalisée par l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle. Elle peut cependant, à titre exceptionnel, être accordée par une décision écrite et motivée, sans présentation préalable. Bien qu'elle ait vocation à demeurer exceptionnelle, il n'est pas certain que cette dernière pratique soit conforme aux exigences conventionnelles, car celles-ci insistent sur la comparution immédiate de la personne arrêtée devant l'autorité judiciaire compétente³⁶⁹⁴.

741. Une jurisprudence protectrice des intérêts de la personne placée en garde à vue a tout de même été développée sous l'empire des textes antérieurs à la loi du 14 avril 2011. Se fondant sur l'ancien article 63 du C.P.P., la chambre criminelle exige de l'O.P.J. une information immédiate au magistrat du parquet (ou au juge d'instruction) de la mesure³⁶⁹⁵. Cette obligation a été reprise par l'article 63, I, alinéa 2, du C.P.P., dans sa rédaction issue de la loi de 2011. Il s'agit d'une garantie importante qui permet au procureur de la République de décider, le cas échéant, la levée de la garde à vue *ab initio* ou d'en surveiller, pendant sa durée, les conditions d'exécution. S'il n'est pas prévenu de son adoption, il se trouve dans l'incapacité de contrôler l'acte coercitif. Il en va de même si celui-ci reçoit une information tardive, plusieurs heures après un tel placement. Consacré depuis une quinzaine d'années³⁶⁹⁶, le devoir d'information du parquet (ou du juge d'instruction) apparaît conforme aux

³⁶⁹² Cass. crim., 28 janv. 1992, préc.

³⁶⁹³ « Toutefois, la garde à vue peut être prolongée pour un nouveau délai de vingt-quatre heures au plus, sur autorisation écrite et motivée du procureur de la République, si l'infraction que la personne est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre est un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à un an et si la prolongation de la mesure est l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des objectifs mentionnés aux 1° à 6° de l'article 62-2 ».

³⁶⁹⁴ Art. 5 §1 c) et art. 5 §3 de la Convention, qui évoquent la « conduite » et la « traduction » de la personne arrêtée et détenue devant l'autorité judiciaire compétente. Il n'est inscrit nulle part dans la Convention qu'une décision écrite et motivée peut parfois se substituer à cette présentation.

³⁶⁹⁵ La même obligation pèse sur l'agent des douanes qui doit informer immédiatement le procureur de la République d'une retenue douanière : Cass. crim., 22 fév. 2006, Inédit, n°05-81528. Et « tout retard dans la mise en œuvre de cette obligation, non justifié par des circonstances insurmontables, fait nécessairement grief à la personne concernée ».

³⁶⁹⁶ V. Cass. crim., 24 nov. 1998, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°219, note J. BUISSON ; Cass. crim., 29 fév. 2000 (2 espèces), Procédures, 2000, comm. n°154, note J. BUISSON ; Dr. pénal, 2000, comm. n°80, note A. MARON. Ces arrêts opèrent un revirement sur Cass. crim., 25 juin 1997, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°213, note J. BUISSON (refus de sanctionner un retard de plus de cinq heures dans l'information donnée au parquet). Depuis, la solution est constante : V. Cass. crim., 10 mai 2001, Procédures, 2001, comm. n°184, note J. BUISSON ; Cass. crim., 25 juill. 2001, Cass. crim., 18 sept. 2001 et Cass. crim., 25 sept. 2001, Dr. pénal, 2002, comm. n°11, note A. MARON (4^{ème}, 5^{ème} et 6^{ème} arrêts) ; CA Toulouse (3^{ème} ch.), 1^{er} déc. 2004, A.J. pénal, 2005, jurisp., p. 118, obs. P. REMILLIEUX (délai de quarante minutes validé) ; Cass. crim., 2 fév. 2005, Procédures, 2005, comm. n°110, note J. BUISSON ; A.J. pénal, 2005, jurisp., p.

principes constitutionnels. Il ne connaît qu'une exception : l'existence de circonstances insurmontables³⁶⁹⁷. L'avis à parquet du placement en garde à vue n'est toutefois soumis à aucune forme. Il peut être donné et prouvé « par tout moyen » selon l'article 63 du C.P.P., tel qu'issu de la loi du 14 avril 2011, cette loi ayant consacré la solution jurisprudentielle établie³⁶⁹⁸. L'absence de formalisme aboutit pourtant à affaiblir cette garantie. Dans certaines procédures, il s'avère difficile d'avoir la certitude que le ministère public a reçu une information régulière et immédiate du recours à la mesure³⁶⁹⁹. Une telle solution fragilise l'obligation d'information ainsi que la force probante du procès-verbal de garde à vue. Le contrôle de l'acte coercitif par l'autorité judiciaire perd donc une part d'effectivité³⁷⁰⁰.

742. Ce contrôle apparaît aussi affaibli en matière d'interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, prévues à l'article 706-95 du C.P.P. Accomplies dans le cadre d'une enquête relative à une infraction relevant de la délinquance et criminalité organisées, elles doivent être autorisées par le juge des libertés et de la détention saisi par le parquet. Si ce juge fait droit à la demande, il doit en plus contrôler le déroulement des opérations. Cependant, la jurisprudence a ôté toute effectivité à cet examen. Il a été jugé que l'article 706-95 du C.P.P. « n'exige pas que le juge des libertés et de la détention exerce un contrôle immédiat sur le déroulement de l'écoute mais seulement qu'il soit informé sans délai par le ministère public, à l'issue des opérations d'interception, d'enregistrement et de transcription prévues par les articles 100-3 à 100-5 dudit code »³⁷⁰¹. Cette

162, obs. G. R. ; Cass. crim., 20 mars 2007, A.J. pénal, 2007, jurispr., p. 231, obs. G. ROYER (retard d'une heure et quinze minutes non justifié par des circonstances insurmontables) ; Cass. crim., 31 mai 2007, Dr. pénal, 2007, comm. n°163, note A. MARON ; Procédures, 2007, comm. n°229, note J. BUISSON ; Cass. crim., 22 janv. 2013, Inédit, n°10-87021.

³⁶⁹⁷ Lesquelles restent rarement admises compte tenu du développement des moyens de communication ces dernières années : téléphone portable, télécopie, intranet... Ainsi les conditions difficiles d'interpellation d'une personne n'établissent pas, par elles-mêmes, des circonstances insurmontables : Cass. crim., 31 mai 2007, préc. En revanche, constituent des « circonstances particulières » justifiant un retard de près de deux heures dans l'information du parquet, le fait qu'un contrôle d'identité a conduit au transport d'un grand nombre de personnes, que les vérifications d'identité ont nécessité un passage aux fichiers et que ce n'est qu'après un certain délai que les policiers ont pu fournir une liste complète et précise des identités et domiciles des personnes gardées à vue au procureur : Cass. civ. 2^{ème}, 19 fév. 2004, A.J. pénal, 2004, jurispr., p. 160, obs. A. PITOUN. V. aussi, Cass. crim., 27 nov. 2007, Dr. pénal, 2008, comm. n°40 ; Cass. crim., 6 mars 2012, Bull. crim., n°60 (nécessité d'assurer la sécurité des usagers de la route et d'apporter les premiers soins aux victimes).

³⁶⁹⁸ Cass. crim., 24 oct. 2000, Bull. crim., n°306 ; Cass. crim., 19 déc. 2000, Dr. pénal, 2001, comm. n°55, note A. MARON ; Procédures, 2001, comm. n°113, note J. BUISSON ; Cass. crim., 14 fév. 2001, Procédures, 2001, comm. n°160, note J. BUISSON ; Dr. pénal, 2002, comm. n°11, note A. MARON (1^{er} arrêt) ; E. DE LA LANCE, Le juge pénal et la protection des libertés individuelles (panorama de la jurisprudence récente de la chambre criminelle au regard des lois du 30 décembre 1996 et du 15 juin 2000), Rapport de la Cour de cassation, 2001, La documentation française, 2002, p. 131 et s., spéc. p. 145 ; Cass. crim., 14 avril 2010, Bull. crim., n°73 ; A.J. pénal, 2010, jurispr., p. 405, obs. C. DUPARC (validité d'un « billet de garde à vue » télécopié dès la privation de liberté) ; Cass. crim., 9 janv. 2013, Inédit, n°12-81974 ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2013, chron. préc., spéc. n°20.

³⁶⁹⁹ V. justement, Cass. crim., 14 avril 2010, préc., où le contenu du « billet de garde à vue » n'apparaissait pas explicitement et la chambre de l'instruction avait alors signalé qu'il ne pouvait en être tiré « aucune conviction quant à une information régulière et immédiate du procureur ». Dans le même sens : G. ROUSSEL, obs. sur Cass. crim., 30 oct. 2013, A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 86, spéc. p. 87, à propos d'un autre acte.

³⁷⁰⁰ Rapp., en matière d'information préalable du parquet sur l'accomplissement d'une visite de locaux professionnels : Cass. crim., 30 oct. 2013, Bull. crim., n°209 ; A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 86, obs. G. ROUSSEL. Exigée par l'article 63 *ter* du Code des douanes, cette information n'est soumise à aucun formalisme particulier.

³⁷⁰¹ Cass. crim., 23 mai 2006, Bull. crim., n°139 ; Dr. pénal, 2006, comm. n°131, note A. MARON ; A.J. pénal, 2006, jurispr., p. 367, obs. C. GIRAULT. Pour le même constat, s'agissant d'une garantie « purement formelle » : J. LEBLOIS-HAPPE,

vérification *a posteriori* semble dénuée d'effectivité. Dans l'optique de sauvegarder les libertés individuelles, il aurait fallu exiger un contrôle en temps réel. La garantie judiciaire aurait présenté un véritable intérêt dans ce cas.

743. A propos du même texte, la chambre criminelle a de plus précisé que les informations transmises par le parquet au juge des libertés et de la détention sur les interceptions téléphoniques qu'il a ordonnées, doivent porter sur les diligences effectuées et non sur leur contenu³⁷⁰². Ainsi le juge des libertés vérifie, au mieux, la forme des actes exécutés, autrement dit leur régularité. En revanche, il n'examine pas le fond de ceux-ci une fois son autorisation délivrée. S'il exerce un contrôle global de nécessité de la mesure à l'origine, il abandonne ensuite cet examen au parquet lors du déroulement des interceptions. Son contrôle se révèle purement formel lors de l'exécution de cet acte coercitif³⁷⁰³. De toute façon, la Cour de cassation a limité les conséquences de la méconnaissance des formalités substantielles prévues par l'alinéa 3 de l'article 706-95 du C.P.P. Celle-ci « n'est constitutive d'une nullité que si l'irrégularité constatée a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie concernée »³⁷⁰⁴. Exiger la preuve d'un grief lui permet d'étrangler les nullités, puisque l'absence de contrôle du juge sur les écoutes téléphoniques n'attente pas nécessairement aux intérêts de la personne concernée³⁷⁰⁵.

744. Il faut donc se garder de croire que l'autorité judiciaire exerce, en toute hypothèse et sur tous les actes coercitifs, un contrôle effectif. Même si certaines espèces invitent à le penser³⁷⁰⁶ et si des progrès notables ont été réalisés quant au contrôle de nécessité et de proportionnalité de ces actes, il subsiste bien des domaines dans lesquels un tel examen pourrait être davantage approfondi³⁷⁰⁷. Il est

Les yeux et les oreilles de la justice pénale, *in* De code en code, Mélanges G. WIEDERKEHR, Dalloz, 2009, p. 499 et s., spéc. p. 507.

³⁷⁰² Cass. crim., 26 mars 2008, Bull. crim., n°74 ; A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 380, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; Dr. pénal, 2008, comm. n°74, note A. MARON et M. HAAS ; D. GUERIN, Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2009, chron. préc., spéc. n°12.

³⁷⁰³ A cela, il convient d'ajouter la rédaction étonnante de l'article 706-95, al. 2 du C.P.P. Il ressort de ce texte que le contrôle exercé sur la mise en place du dispositif d'interception, ainsi que sur l'enregistrement et la transcription des conversations utiles aux investigations, appartient au procureur ou à « l'officier de police judiciaire requis par ce magistrat ». V. J. LEBLOIS-HAPPE, Police et justice – quels rapports ?, *in* Les investigations policières, P.U.A.M., 2012, J. LEBLOIS-HAPPE (dir.), p. 117 et s., spéc. p. 131, soulignant que la police peut alors être amenée, « en toute légalité, à contrôler ses propres opérations – on conviendra qu'il y a là une conception pour le moins surprenante de la garantie des droits ! ».

³⁷⁰⁴ Cass. crim., 26 juin 2007, Bull. crim., n°172, préc. ; A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 487, obs. S. LAVRIC ; Cass. crim., 22 nov. 2011, Bull. crim., n°234, préc.

³⁷⁰⁵ Dans l'arrêt du 26 juin 2007, préc., la Cour de cassation a estimé qu'il n'y a pas nullité des interceptions téléphoniques autorisées par un juge des libertés et de la détention qui n'a pas été informé par la suite des actes effectués. Un juge d'instruction ayant été saisi dès la fin de ces opérations et ayant ordonné leur poursuite, un magistrat du siège a ainsi été informé sans délai des actes accomplis. C'est cette intervention qui aurait conféré aux opérations les garanties d'un contrôle judiciaire. L'habileté du raisonnement de la chambre criminelle peine à en dissimuler l'objectif : sauver la procédure de l'annulation. Au regard des prescriptions légales, la condition de contrôle de l'acte coercitif par le juge des libertés et de la détention n'a pas été du tout respectée.

³⁷⁰⁶ V. par ex., Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2010, préc., qui a sanctionné l'utilisation d'un procédé destiné à mettre en échec le devoir de contrôle des magistrats sur les contrôles d'identité.

³⁷⁰⁷ V. par ex., la jurisprudence relative au mandat d'arrêt européen qui interprète de façon littérale l'article 695-23, al. 2 et s. du C.P.P. au nom de la confiance mutuelle entre les Etats membres de l'Union européenne. Lorsque ces dispositions sont applicables, le juge français ne peut pas contrôler la qualification juridique donnée aux faits par l'autorité judiciaire de l'Etat

regrettable que son effectivité s’effrite parfois, car il forme une garantie fondamentale contre les mesures injustifiées ou arbitraires. En réalité, le contrôle judiciaire de l’acte coercitif ne constitue pas le seul principe favorable à la préservation des libertés individuelles. Ce sont, plus largement, ses exigences générales qui assurent cette sauvegarde. Inhérentes à tout acte de cette nature, les exigences de légalité, loyauté, nécessité et proportionnalité et d’un contrôle effectif méritent d’être sacralisées³⁷⁰⁸. Il ne faut leur porter atteinte sous aucun prétexte. Le risque d’entamer de façon injustifiée les libertés des justiciables s’accroît sinon. Source de protection, leur intangibilité doit donc être absolue en procédure pénale. Elle ne doit jamais être malmenée, comme cela arrive hélas. Il apparaît nécessaire, pour les mêmes raisons, de respecter l’intangibilité des exigences spéciales de l’acte coercitif.

Section II – L’intangibilité des exigences spéciales de l’acte coercitif

745. Contrairement à ses exigences générales, les exigences spéciales de l’acte coercitif n’intéressent pas l’ensemble des actes composant cette catégorie. Celles-ci ne s’appliquent qu’à certains d’entre eux et avec une force tout à fait variable en fonction de ceux-ci. Il convient dès lors de les qualifier de « spéciales » car elles s’avèrent, au fond, « à géométrie variable ». Si elles s’adaptent à la spécificité des actes coercitifs, elles conservent pourtant un caractère intangible. A l’instar des exigences générales, il ne doit pas leur être porté atteinte. Il faut dire que ces exigences forment « les garanties d’une bonne justice » qui assurent le droit de chacun à un procès équitable³⁷⁰⁹.

746. Afin d’être « équilibré entre toutes les parties », le procès nécessite des garanties institutionnelles (indépendance et impartialité du tribunal) et des garanties procédurales (motivation des décisions de justice, droits de la défense...), notamment celles prévues à l’article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme³⁷¹⁰. Ce sont surtout les droits fondamentaux de procédure et les garanties procédurales appropriées, chères au Conseil constitutionnel, qui vont être étudiés³⁷¹¹. Dans l’optique de protéger de façon effective les libertés individuelles, l’exécution d’un

membre d’émission, sauf inadéquation manifeste entre ces faits et la qualification retenue. Le contrôle du juge sur cet acte coercitif apparaît très restreint : V. Cass. crim., 21 nov. 2007, Bull. crim., n°291 ; A.J. pénal, 2008, jurispr., p. 195, obs. J. LELIEUR.

³⁷⁰⁸ Le droit européen ajoute une exigence générale à celles mentionnées. Il s’agit de la finalité de l’ingérence. L’acte coercitif doit posséder un but légitime, comme la poursuite des auteurs d’infractions.

³⁷⁰⁹ S. GUINCHARD, Le procès équitable : droit fondamental ?, A.J.D.A., 1998, n° spécial, p. 191 et s., spéc. p. 192 et 199 ; S. GUINCHARD, Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ?, Mélanges G. FARJAT, Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?, 1999, éd. Frison-Roche, p. 139 et s., spéc. p. 140.

³⁷¹⁰ S. GUINCHARD, Vers une démocratie (...), *op. cit.*, p. 103 ; S. GUINCHARD, Les métamorphoses de la procédure (...), *op. cit.*, not. n°1257, p. 1161. Le doyen GUINCHARD souligne que le droit à un procès équilibré renvoie à l’idée de procès loyal. Il a aussi indiqué que la notion de procès équitable est amenée à jouer un rôle de plus en plus important, étant donné que « la Cour européenne voit en lui l’un des critères d’appréciation de la proportionnalité des restrictions apportées par ces États à l’exercice des droits substantiels garantis par la Convention » (Vers une démocratie (...), *op. cit.*, p. 107 ; Les métamorphoses (...), *op. cit.*, n°1272, p. 1168).

³⁷¹¹ L’expression « droits fondamentaux de procédure » est empruntée à la doctrine : S. GUINCHARD, Menaces sur la justice des droits de l’homme (...), *op. cit.*, p. 209 et 210. En outre, le juge constitutionnel vérifie que l’exécution de l’acte

acte coercitif suppose d'observer son formalisme et sa motivation (§1). Elle commande de le soumettre à la présomption d'innocence et aux droits de la défense (§2), enfin de lui appliquer le principe d'impartialité (§3).

§1 – Observation du formalisme et de la motivation de l'acte coercitif

747. Compte tenu de sa gravité, l'acte coercitif doit respecter certaines formes. Dans plusieurs cas, il doit même faire l'objet d'une motivation formelle. Ces deux exigences proches, quoique distinctes, ne sont pas immuables. Elles varient selon le degré de contrainte contenu par cet acte. Plus il renferme de coercition, plus elles se renforcent. C'est dire qu'en raison de l'intensité de l'acte coercitif, le formalisme s'accroît (A) et la motivation s'impose (B).

A – Formalisme accru en raison de l'intensité de l'acte coercitif

748. Instituer des formalités procédurales pour encadrer l'exécution des actes coercitifs poursuit un but louable. Il s'agit de protéger les libertés des justiciables³⁷¹². Ces règles de forme limitent le pouvoir des autorités publiques sous le contrôle de l'autorité judiciaire³⁷¹³. En droit européen, le respect des voies légales se traduit par une promotion du formalisme protecteur de la liberté individuelle³⁷¹⁴. Il ne faut pas cependant que celui-ci revête un caractère excessif³⁷¹⁵. Car le danger est de faire échec à l'efficacité de la procédure ou aux droits procéduraux des parties. Le législateur, comme la Cour de cassation, ont pris conscience de ce risque. Le Code de procédure pénale « assouplit le respect des exigences formelles en les cantonnant aux dispositions substantielles et en soumettant la nullité à la preuve d'un grief », tandis que la chambre criminelle fait une large application de l'article 802 du C.P.P., montrant que « le respect des procédures instituées par le Code est loin de présenter un caractère impératif et que les autorités publiques ne sont pas tenues de s'y soumettre en toutes circonstances »³⁷¹⁶. Il n'empêche que plus l'acte s'avère coercitif, plus les formes qui l'entourent augmentent. Cette exigence apparaît bien ancrée en droit positif. Largement consacrée par la loi (1°), elle tend à être davantage respectée par la jurisprudence (2°).

coercitif demeure assortie de « garanties procédurales appropriées ». C'est le cas notamment pour les perquisitions (C.C., 16 juill. 1996, n°96-377 DC, préc., cons. 17 ; C.C., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, préc., cons. 46) et pour les visites dans des lieux privés à usage professionnel (V. C.C., 22 avril 1997, n°97-389 DC, préc., cons. 76). Mais il faut préciser que les garanties procédurales qui vont être examinées sont constitutionnelles, européennes et législatives.

³⁷¹² Sur le lien entre coercition et formalisme : B. BOULOC, L'acte d'instruction, *op. cit.*, n°935, p. 674 et n°940, p. 679.

³⁷¹³ V. E. VERGES, obs. sur CEDH, 26 juill. 2007, *Walchli / France*, R.P.D.P., 2007, p. 893.

³⁷¹⁴ V. par ex., CEDH, 30 juin 2005, *Nakach / Pays-Bas*, n°5379/02 (en anglais) ; CEDH, 22 nov. 2007, *Voskuil / Pays-Bas*, n°64752/01 (en anglais). V. J.-P. MARGUENAUD, note sous CEDH, 16 juin 2005, *Storck / Allemagne*, in *Les grands arrêts de la Cour (...)*, *op. cit.*, n°18, p. 201, spéc. p. 212.

³⁷¹⁵ Solution dégagée par : CEDH, 26 juill. 2007, *Walchli / France*, n°35787/03, R.P.D.P., 2007, p. 893, obs. E. VERGES ; R.I.D.P., 2007, p. 260, obs. F. FOURMENT ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, *Dr. pénal*, 2008, chron. préc., spéc. n°15 ; CEDH, 2 avril 2009, *Kallergis / Grèce*, n°37349/07 et CEDH, 16 avril 2009, *Karavelatzis / Grèce*, n°30340/07, R.I.D.P., 2009, p. 621, n°15, obs. I. STOFAS.

³⁷¹⁶ E. VERGES, obs. préc. sur CEDH, 26 juill. 2007, p. 893 et 895.

1°- Une exigence largement consacrée par la loi

749. Tant dans sa lettre que dans son esprit, le Code de procédure pénale expose le lien entre l'intensification de la coercition et l'accroissement du formalisme procédural. Les formes à respecter sont, en principe, plus importantes lorsque l'acte possède un caractère très coercitif. Le prélèvement biologique réalisé sur une personne afin d'identifier son empreinte génétique³⁷¹⁷ ainsi que l'examen médical et la prise de sang opérés dans le but de vérifier si elle n'est pas atteinte d'une maladie sexuellement transmissible³⁷¹⁸, se révèlent attentatoires à son intégrité physique. Néanmoins, l'atteinte qui en résulte n'est pas considérable. Si l'intéressé subit assurément un grief, celui-ci s'avère au fond assez minime. Certaines formalités doivent être respectées pour passer outre son consentement, mais elles demeurent peu nombreuses. Il suffit, dans les deux cas, que le procureur de la République prenne des « instructions » ou des « réquisitions » écrites pour vaincre le refus de l'intéressé³⁷¹⁹. En somme, les dispositions légales n'ont pas envisagé pléthore de garanties pour encadrer ces mesures coercitives³⁷²⁰.

750. Il en va différemment en ce qui concerne les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications. La loi du 10 juillet 1991 les a réglementées de façon stricte, en réaction aux errements antérieurs ayant conduit à la condamnation de la France par la Cour de Strasbourg³⁷²¹. Prévues aux articles 100 et suivants du C.P.P., elles obéissent à un formalisme important³⁷²². Il est impératif que la décision d'interception, prise pour une durée de quatre mois au plus, avec possibilité de la renouveler plusieurs fois dans les mêmes conditions de forme et de durée³⁷²³, soit écrite³⁷²⁴, qu'elle comporte tous les éléments d'identification de la liaison à intercepter, l'infraction qui motive son recours et la durée de celle-ci³⁷²⁵. Le législateur a posé toutes ces conditions de forme afin de

³⁷¹⁷ Art. 706-56 du C.P.P. Pour une étude de droit comparé, V. L'utilisation des empreintes génétiques dans la procédure pénale, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, n° LC 157, janvier 2006.

³⁷¹⁸ Art. 706-47-2 du C.P.P.

³⁷¹⁹ Il faudrait que le dossier contienne la preuve écrite des réquisitions du procureur. A défaut, le prélèvement biologique destiné à permettre l'analyse d'identification de l'empreinte génétique serait nul : J. PRADEL, La mauvaise volonté (...), *op. cit.*, p. 312 et la note n°32.

³⁷²⁰ Dans sa décision n°2003-467 DC du 13 mars 2003, préc., cons. 49, le Conseil constitutionnel n'a d'ailleurs rien reproché aux dispositions de l'article 706-47-2 du C.P.P. Il les a jugées constitutionnelles, estimant l'acte coercitif proportionné. Il a relevé « qu'à défaut de consentement de l'intéressé, l'opération ne peut être pratiquée que sur instructions écrites du procureur de la République ou du juge d'instruction, et seulement à la demande de la victime ou lorsque son intérêt le justifie, notamment (...) lorsque la victime est mineure ; que dans ces conditions, la contrainte à laquelle est soumise la personne concernée n'entraîne aucune rigueur qui ne serait pas nécessaire au regard des autres exigences constitutionnelles en cause et (...) de la protection de la santé de la victime ; que l'examen médical et le prélèvement sanguin ne portent atteinte ni aux droits de la défense, ni aux exigences du procès équitable, ni à la présomption d'innocence ».

³⁷²¹ CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin / France et Huvig / France*, préc.

³⁷²² Il ne s'agit pas d'étudier cette réglementation dans les moindres détails, mais simplement d'évoquer quelques formalités qui doivent être respectées lorsque cet acte est accompli. Pour une étude complète : E. MOLINA, La liberté de la preuve (...), *op. cit.*, n°145, p. 157 à n°165, p. 170.

³⁷²³ Art. 100-2 du C.P.P.

³⁷²⁴ Art. 100 du C.P.P.

³⁷²⁵ Art. 100-1 du C.P.P.

restreindre au maximum l'atteinte causée à la vie privée³⁷²⁶. Les modalités d'exécution de l'écoute téléphonique sont aussi assujetties à un formalisme conséquent. Selon l'article 100-4 du C.P.P., il doit être dressé procès-verbal de chacune des opérations d'interception et d'enregistrement avec mention de la date et de l'heure auxquelles l'opération a commencé et s'est terminée. Les enregistrements sont placés sous scellés fermés.

751. Il est intéressant de remarquer que les articles 706-97 et suivants du C.P.P., relatifs à la sonorisation, reprennent *mutatis mutandis* les articles 100-1 et suivants de ce Code. Par exemple, l'article 706-102 dispose que les enregistrements sonores ou audiovisuels sont détruits, à la diligence du procureur de la République ou du procureur général, à l'expiration du délai de prescription de l'action publique et qu'un procès-verbal de cette opération est établi. C'est exactement ce que prescrit le Code pour la destruction des enregistrements des télécommunications³⁷²⁷. Du point de vue des formalités à accomplir, il subsiste toutefois quelques différences essentielles entre les deux actes dans la mesure où les sonorisations et fixations d'images s'avèrent encore plus coercitives. Celles-ci imposent au juge d'instruction de prendre l'avis du parquet avant d'y procéder³⁷²⁸. Elles exigent également la délivrance d'une commission rogatoire spéciale aux O.P.J. chargés de les exécuter. Elles requièrent en outre l'autorisation du juge des libertés et de la détention pour l'installation du dispositif technique de captation lorsqu'il s'agit de s'introduire dans un lieu d'habitation entre 21 heures et 6 heures du matin³⁷²⁹.

752. Cette amplification du formalisme procédural se retrouve en matière de perquisition. Nul doute que la mesure reste soumise à de nombreuses formes³⁷³⁰. A titre d'illustration, elle doit être opérée en présence de la personne au domicile de laquelle elle a lieu ou, en cas d'impossibilité, d'un représentant désignée par celle-ci et, à défaut, de deux témoins requis par l'O.P.J. en dehors des personnes relevant de son autorité administrative³⁷³¹. Cette règle vise à garantir la fiabilité de l'investigation et des saisies pratiquées³⁷³². Il faut qu'un procès-verbal relatant les opérations de perquisition soit rédigé, conformément aux dispositions de l'article 66 du C.P.P. Il doit rendre compte

³⁷²⁶ Sur la question, C. DI MARINO, *Investigations policières (...)*, *op. cit.*, p. 212 et 213.

³⁷²⁷ V. art. 100-6 du C.P.P. Ce texte n'est pas applicable aux procès-verbaux de transcription des écoutes, lesquels constituent des pièces de procédure : Cass. crim., 21 fév. 2007, Bull. crim., n°55.

³⁷²⁸ Art. 706-96 du C.P.P. Cette condition n'existe pas pour les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications : V. art. 100 du C.P.P.

³⁷²⁹ Art. 706-96, al. 2 du C.P.P.

³⁷³⁰ Le formalisme est d'ailleurs renforcé lorsque l'opération a lieu dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile (art. 56-1 du C.P.P.), dans les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle (art. 56-2 du C.P.P.) enfin dans le cabinet d'un médecin, d'un notaire ou d'un huissier (art. 56-3 du C.P.P.).

³⁷³¹ Art. 57 du C.P.P.

³⁷³² Elle engendre cependant une atteinte importante à la vie privée, car les deux témoins en question auront « accès à des renseignements intimes » concernant l'individu dont le domicile est perquisitionné, comme « son train de vie, son mode de vie, ses goûts, ses hobbies, mais aussi ses travers » : C. DI MARINO, *op. cit.*, p. 200.

des diligences accomplies pour s'assurer de la présence de l'occupant, de son représentant ou des deux témoins³⁷³³.

753. A partir du moment où une perquisition se déroule la nuit, en d'autres termes lorsqu'elle est diligentée après 21 heures et avant 6 heures, la coercition s'intensifie. L'atteinte portée à l'inviolabilité du domicile et au secret de la vie privée apparaît plus forte dans cette hypothèse. Des garanties supplémentaires ont dès lors été posées par le législateur. Les perquisitions nocturnes, menées dans le cadre d'une enquête ou d'une information portant sur une infraction de criminalité organisée, font l'objet d'un formalisme renforcé. Elles imposent d'obtenir l'autorisation préalable d'un juge (juge d'instruction ou juge des libertés et de la détention) pour pouvoir être exécutées. Celle-ci doit précisément respecter certaines exigences formelles³⁷³⁴. Aux termes de l'article 706-92 du C.P.P., le juge a l'obligation, à peine de nullité, de statuer par une décision écrite et motivée, laquelle doit d'abord préciser la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée ainsi que l'adresse du lieu où l'opération va être effectuée, mais également énoncer les éléments de fait et de droit justifiant la nécessité de l'opérer. La perquisition se déroule sous le contrôle du magistrat qui l'a autorisée. Celui-ci peut se déplacer sur les lieux pour veiller au respect des dispositions légales³⁷³⁵.

754. S'il est enfin des actes qui établissent un rapport évident entre degré de contrainte élevé et formalisme accru, ce sont bien les mandats et le placement en détention provisoire. Ces actes très coercitifs emportent l'arrestation et la privation de liberté des justiciables. L'incarcération peut parfois durer plusieurs années. L'article 123 du C.P.P. énumère les règles applicables aux différents mandats. En vertu du premier alinéa de ce texte, ceux-ci précisent l'identité de la personne à l'encontre de laquelle ils sont décernés. Ils sont datés et signés par le magistrat qui les a décernés et sont revêtus de son sceau. Son deuxième alinéa intéresse uniquement les mandats coercitifs, vu qu'il écarte à dessein le mandat de comparution. Ils doivent mentionner la nature des faits imputés à la personne, leur qualification juridique et les articles de loi applicables³⁷³⁶. Le respect du formalisme demeure en tout cas essentiel pour les différents mandats. Comme l'indique l'article 136 du C.P.P., l'inobservation des formalités légales peut donner lieu à des sanctions disciplinaires contre le juge d'instruction, le juge des libertés et de la détention ou le procureur de la République.

³⁷³³ Art. 57, al. 3 du C.P.P. Ce texte énonce que le procès-verbal dressé doit être signé par les personnes visées par cet article et qu'au cas de refus, il en est fait mention dans ce document. Sur l'obligation d'établir un procès-verbal : V. art. 56, al. 1, 57, al. 3 (enquête de flagrance), 76, al. 2 (enquête préliminaire) et 96 du C.P.P.

³⁷³⁴ Ces exigences rappellent celles prévues par l'article 76, al. 4 du C.P.P., lorsque le juge des libertés et de la détention autorise une perquisition en enquête préliminaire sans l'assentiment de la personne chez qui elle a lieu.

³⁷³⁵ Art. 706-92, al. 1 du C.P.P.

³⁷³⁶ Pour un regard critique sur la formulation de l'article 123 du C.P.P. : F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2502.

755. Compte tenu de sa gravité, la mise en détention provisoire obéit à des formes particulières. Ces garanties apparaissent logiques car la coercition exercée à l'encontre du justiciable atteint son apogée. Sans prétendre à l'exhaustivité, il suffit de rappeler que l'article 145 du C.P.P. exige la tenue d'un débat contradictoire lorsque le juge des libertés et de la détention envisage de placer le mis en examen en détention provisoire. Les formalités concernant l'assistance de l'avocat remplies et inscrites au procès-verbal³⁷³⁷, ledit débat peut se dérouler. Au cours de celui-ci, le juge des libertés et de la détention entend les réquisitions du parquet, puis les observations de la personne mise en examen et, le cas échéant, celles de son conseil. Si le justiciable ou son avocat sollicite un délai pour préparer sa défense, ce magistrat ne peut le placer en détention. Mais il conserve la possibilité de prescrire son incarcération provisoire pour une durée maximum de quatre jours ouvrables. Lorsqu'il ordonne la détention provisoire, la prolonge ou bien rejette une demande de mise en liberté, le juge statue par ordonnance motivée qui doit comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait sur le caractère insuffisant des obligations du contrôle judiciaire et le motif de la détention par référence aux seules dispositions des articles 143-1 et 144³⁷³⁸. L'ordonnance est toujours notifiée au mis en examen qui en reçoit copie intégrale contre émargement au dossier de la procédure³⁷³⁹. Bref, le législateur a instauré une multitude de garanties pour encadrer les actes les plus coercitifs. Quelle est l'attitude du juge pénal face à cet accroissement du formalisme ?

2° - Une exigence généralement respectée par la jurisprudence

756. Il n'est pas question d'examiner, dans le cadre de ces développements, si la Cour de cassation sanctionne de façon systématique l'inobservation des formalités applicables à l'ensemble des actes coercitifs. Selon toute vraisemblance, pareille étude conduirait à apporter une réponse négative. Mieux vaut en revanche souligner la tendance générale qui se dégage de ses décisions. Un sort différent semble réservé aux actes selon le degré de contrainte qu'ils renferment. Plus l'acte possède un caractère coercitif, plus la jurisprudence se montre en principe rigoureuse s'agissant du respect des formes. Souvent peu exigeante à l'égard des mesures coercitives « classiques », elle astreint davantage les autorités publiques à se conformer au formalisme établi pour celles qui se révèlent les plus intenses.

757. Les perquisitions et saisies « de droit commun » attestent de cette différence de traitement. Le Code de procédure pénale subordonne l'exécution de ces actes à des formalités strictes³⁷⁴⁰. Leur

³⁷³⁷ Art. 145, al. 5 du C.P.P.

³⁷³⁸ Art. 137-3 du C.P.P. Il est étrange que le législateur n'ait pas ajouté l'assignation à résidence avec placement sous surveillance électronique au contrôle judiciaire dans ce texte. Il s'agit vraisemblablement d'un oubli.

³⁷³⁹ Art. 137-3, al. 2 du C.P.P.

³⁷⁴⁰ Il s'agit, pour l'essentiel, des heures à respecter, de la présence obligatoire de certaines personnes, de l'inventaire et de la mise sous scellés des pièces et objets saisis, du respect du secret professionnel et de la signature des procès-verbaux.

méconnaissance est susceptible d'engendrer la nullité de ceux-ci. Or la rigueur des règles édictées contraste avec les solutions dégagées par la chambre criminelle « qui témoigne à ce sujet d'une relative mansuétude »³⁷⁴¹. Sans doute exige-t-elle le respect de certaines formes spécifiques, telle la prestation de serment des personnes requises par le juge d'instruction³⁷⁴². Elle retient cependant que les formalités légales prévues en matière de perquisition et saisie ne sont pas exclues du champ d'application de l'article 802 du C.P.P. et que leur inobservation ne saurait entraîner de nullité de procédure lorsqu'aucune atteinte n'a été portée aux intérêts de la personne concernée³⁷⁴³. En cas d'absence du citoyen chez qui l'opération a lieu, celui-ci doit rapporter la preuve d'un grief afin d'obtenir l'annulation de l'opération³⁷⁴⁴. Il en va de même en cas d'irrespect des formalités mentionnées à l'article 54 du C.P.P.³⁷⁴⁵ ou dans l'hypothèse de la violation des règles relatives à la mise sous scellé³⁷⁴⁶. De même, la Cour de cassation se montre compréhensive en matière d'interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, malgré leur réglementation très précise. Sans revenir sur sa jurisprudence, déjà évoquée³⁷⁴⁷, il convient juste de rappeler qu'elle sanctionne peu les irrégularités commises par les autorités publiques lorsque celles-ci procèdent à cet acte³⁷⁴⁸. Au contraire, elle exige un respect scrupuleux des formes prescrites par le Code de procédure pénale pour valider les sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules³⁷⁴⁹. Comparées aux interceptions téléphoniques, elles s'avèrent plus intrusives dans la vie

³⁷⁴¹ E. CAMOUS, Les saisies en procédure pénale (...), *op. cit.*, n°14.

³⁷⁴² Cass. crim., 21 juin 2006, Dr. pénal, 2006, comm. n°132, note A. MARON. Il résulte d'arrêts antérieurs que lors d'une perquisition, l'O.P.J. peut seul prendre connaissance des papiers ou documents trouvés sur place avant de les saisir et ne peut se faire assister par des personnes qualifiées que si celles-ci ont fait l'objet d'une réquisition régulière et ont prêté serment : V. Cass. crim., 6 fév. 1997, Bull. crim., n°49 et Cass. crim., 3 déc. 1998, Bull. crim., n°333. En matière douanière, il a été jugé, par ailleurs, que l'O.P.J. assistant à une visite domiciliaire doit signer le procès-verbal relatant cette opération, le défaut de signature, légalement obligatoire, provoquant la nullité de l'opération en raison de l'impossibilité de vérifier si cette formalité a été accomplie : Cass. crim., 20 mars 1997, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°194, note J. BUISSON.

³⁷⁴³ Cass. crim., 15 juin 2000, Bull. crim., n°229 ; Cass. crim., 14 sept. 2004, Bull. crim., n°206. A lire cet arrêt, les règles régissant la saisie ne sont pas d'ordre public. Sur le formalisme d'authentification régissant la pesée de produits stupéfiants, prévu à l'article 706-30-1 du C.P.P., V. en revanche, Cass. crim., 24 janv. 2007, Bull. crim., n°20 ; A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 143, obs. G. ROUSSEL ; Procédures, 2007, comm. n°148, note J. BUISSON. Il ressort de l'arrêt que les formalités décrites par ce texte sont d'ordre public.

³⁷⁴⁴ Cass. crim., 17 sept. 1996, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°224, note J. BUISSON ; Cass. crim., 6 mars 2013, Bull. crim., n°62 ; Procédures, 2013, comm. n°168, obs. J. BUISSON ; Gaz. pal., 21-23 juill. 2013, n°202 à 204, p. 37, obs. F. FOURMENT (régularité d'une perquisition menée en enquête de flagrance dans un box de garage en présence de deux témoins, dès lors qu'il a été impossible aux policiers, malgré la recherche effectuée pour connaître l'identité et les coordonnées du titulaire du bail, de s'assurer de la présence de l'intéressé ou d'un représentant lors de cette opération qui n'a pu être différée). En outre, la présence de la seule personne mise en examen suffit à rendre la perquisition régulière. Celle de son conseil n'est pas obligatoire si le mis en examen n'est pas interrogé lors de l'opération : V. Cass. crim., 20 fév. 2002, Dr. pénal, 2003, comm. n°27, note A. MARON et M. HAAS.

³⁷⁴⁵ V. Cass. crim., 12 mars 1997, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°225, note J. BUISSON, à propos de l'article 54, al. 3 du C.P.P. ; V. surtout, Cass. crim., 24 janv. 2007, préc. (deuxième moyen).

³⁷⁴⁶ Cass. crim., 28 fév. 1995, Inédit, n°94-81553 ; Cass. crim., 21 mars 1995, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°223, note J. BUISSON. V. E. CAMOUS, *op. cit.*, n°14.

³⁷⁴⁷ V. par ex., Cass. crim., 23 mai 2006, préc.

³⁷⁴⁸ Faisant encore preuve de compréhension : Cass. crim., 5 mars 2013, Bull. crim., n°55 ; A.J. pénal, 2013, jurisp., p. 479, obs. (approbatives) J.-B. PERRIER, validant la procédure, donc les interceptions téléphoniques, alors que la requête du procureur de la République au juge des libertés et de la détention manquait dans le dossier. Pour la chambre criminelle, l'absence de la requête du parquet ne saurait constituer une cause de nullité si les mentions portées sur d'autres actes établissent son existence et en reproduisent la teneur.

³⁷⁴⁹ En ce sens également : E. VERNY, obs. sur Cass. crim., 13 fév. 2008 et Cass. crim., 27 fév. 2008, R.P.D.P., 2008, p. 617, spéc. p. 618, soulignant que « le caractère exceptionnellement intrusif des sonorisations et fixations d'images commande une législation précise interprétée par les juges avec vigilance et rigueur ».

privée des justiciables. Elles supposent de s'introduire dans le lieu à surveiller, un domicile en général, et d'installer le dispositif adéquat. Elles associent la captation d'images et de paroles. La sonorisation constitue donc un acte davantage coercitif.

758. Décidée par le juge d'instruction, sa mise en place nécessite l'adoption d'une ordonnance motivée, mais aussi la délivrance d'une commission rogatoire spéciale aux O.P.J.³⁷⁵⁰. Ces deux formalités complémentaires sont indispensables. Elles forment la décision prévue par l'article 706-97 du C.P.P.³⁷⁵¹. Par ailleurs, le renouvellement d'une autorisation de mise en place du dispositif technique de sonorisation doit intervenir avant l'expiration de la mesure précédente³⁷⁵². Dans certaines espèces, la chambre criminelle s'est toutefois affranchie des dispositions de l'article 706-97, qui exigent la fixation par le juge d'une durée précise de ces actes et n'envisagent pas l'hypothèse où celle-ci serait simplement déductible des pièces de la procédure. Après avoir admis l'existence de l'irrégularité, elle a refusé de la sanctionner en application de l'article 802 du C.P.P., prenant soin de relever qu'aucun grief n'a été causé à la personne concernée³⁷⁵³.

759. Les actes attentatoires à la liberté individuelle gravissent un niveau supérieur sur l'échelle de la coercition. La Cour de cassation veille au respect scrupuleux de leurs formes. Les décisions relatives à la garde à vue témoignent de cette rigueur jurisprudentielle³⁷⁵⁴. Seules quelques formalités, telles la forme et la preuve de l'information à l'autorité judiciaire de la mesure, lui échappent³⁷⁵⁵. En dehors des cas particuliers, il a été jugé que la garde à vue d'un mineur ne peut être prolongée sans qu'il ait été, au préalable, présenté au magistrat chargé de contrôler cet acte coercitif et que l'omission de cette

³⁷⁵⁰ Cass. crim., 13 fév. 2008, Bull. crim., n°40 ; Procédures, 2008, comm. n°184, note J. BUISSON ; R.P.D.P., 2008, p. 617, obs. E. VERNY ; R.P.D.P., 2009, p. 203, obs. J. BUISSON ; D. GUERIN, Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2009, chron. préc., spéc. n°9. L'ordonnance motivée concerne l'autorisation de l'acte, tandis que la commission rogatoire spéciale permet son exécution. V. aussi, Cass. crim., 23 janv. 2013, Bull. crim., n°29, préc. Selon cet arrêt, lorsque des opérations de fixation d'images et de sonorisation sont simultanément ordonnées, le juge d'instruction peut délivrer une commission rogatoire spéciale commune, désignant les mêmes O.P.J. pour exécuter ces mesures.

³⁷⁵¹ Cass. crim., 13 nov. 2008, Bull. crim., n°230 ; Dr. pénal, 2009, comm. n°43, note A. MARON et M. HAAS ; Procédures, 2009, comm. n°64, note J. BUISSON ; Rev. sc. crim., 2009, p. 408, obs. R. FINIELZ. Il ressort de l'article 706-97 du C.P.P. que la commission rogatoire spéciale doit contenir la mention de l'infraction qui fonde l'opération, la durée de celle-ci et les éléments nécessaires à l'identification du lieu concerné.

³⁷⁵² Cass. crim., 13 nov. 2008, préc., notamment le deuxième moyen entraînant la cassation de l'arrêt attaqué. La Cour rend sa décision au visa des articles 706-96, 706-97 et 706-98 du C.P.P. Elle a également jugé que le point de départ des mesures de sonorisation doit être fixé au jour de leur mise en place effective et non au jour du prononcé de la décision les autorisant.

³⁷⁵³ V. Cass. crim., 10 juin 2009, Inédit, n°09-80820 ; Rev. sc. crim., 2009, p. 866, obs. R. FINIELZ. Ce commentateur conclut, avec justesse, de la sorte : « Outre que la démonstration d'un grief lié à l'utilité du renseignement obtenu peut être délicate, le caractère fondamental de la protection de la vie privée au regard des libertés individuelles a pour conséquence que toute intrusion illicite, en raison d'une violation des conditions posées par la loi pour y porter atteinte, fait nécessairement grief ».

³⁷⁵⁴ Il s'agit de la jurisprudence, déjà étudiée, dite du grief « nécessaire » ou « intrinsèque », relative à la notification des droits au gardé à vue, de l'information de l'autorité judiciaire par l'O.P.J. lors de l'adoption de la mesure, de la durée maximale de celle-ci, etc.

³⁷⁵⁵ L'avis d'une garde à vue au parquet ou au juge d'instruction n'est soumis à aucune forme spécifique : V. Cass. crim., 7 fév. 2007, Inédit, n°06-88074 ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2008, chron. préc., spéc. n°14 ; Cass. crim., 1^{er} avril 2008, Inédit, n°07-84542 ; Cass. crim., 26 nov. 2008, Inédit, n°08-86060 ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2009, chron. préc., spéc. n°29 ; Cass. crim., 14 avril 2010, Bull. crim., n°73. La solution est toujours valable depuis l'adoption de la loi du 14 avril 2011 : Cass. crim., 9 janv. 2013, Inédit, n°12-81974.

formalité porte nécessairement atteinte à ses intérêts³⁷⁵⁶. Prolonger la garde à vue d'un majeur exige aussi de le présenter à l'autorité judiciaire. Si des circonstances exceptionnelles permettent de déroger à cette règle, encore faut-il que la décision de prolongation, accordée sans présentation préalable, soit écrite et motivée³⁷⁵⁷. En outre, la jurisprudence se montre plus exigeante à propos de l'enregistrement audiovisuel des auditions du mineur gardé à vue³⁷⁵⁸.

760. De son côté, la loi n°2007-291 du 5 mars 2007, puis celle n°2011-392 du 14 avril 2011, ont modifié l'article 4, VI de l'ordonnance du 2 février 1945³⁷⁵⁹. La loi de 2007 a étendu cette protection aux interrogatoires des majeurs placés en garde à vue pour crime³⁷⁶⁰, et à ceux menés dans le cabinet du juge d'instruction, auxquels sont soumises les personnes mises en examen en matière criminelle³⁷⁶¹. Saisi de deux questions prioritaires de constitutionnalité³⁷⁶², le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions des septièmes alinéas des articles 64-1 et 116-1 du C.P.P. dans une décision du 6 avril 2012³⁷⁶³. Celles-ci écartaient l'exigence d'enregistrement audiovisuel des auditions en garde à vue et interrogatoires devant le magistrat instructeur pour des crimes relevant de la criminalité organisée ou d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation. Le Conseil admet que l'enregistrement des interrogatoires ne procède d'aucune exigence constitutionnelle, mais indique que « la différence de

³⁷⁵⁶ Cass. crim., 13 oct. 1998, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°218, note J. BUISSON.

³⁷⁵⁷ Art. 63, II du C.P.P., issu de la loi du 14 avril 2011. Ces circonstances sont les contraintes des magistrats et des enquêteurs. Les raisons suivantes sont par exemple suffisantes pour justifier la dérogation à la règle de la présentation préalable : « permanence, audiences en cours, distance et auditions par les enquêteurs » (V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2009, chron. préc., spéc. n°31 et les arrêts cités). V. par ex., Cass. crim., 22 oct. 2013, Bull. crim., n°196, préc.

³⁷⁵⁸ V. Cass. crim., 23 oct. 2002, Dr. pénal, 2003, chron. n°17, par C. MARSAT et A. MARON, validant la procédure alors que l'impossibilité de visionner l'audition du mineur gardé à vue résulte d'un obstacle dont l'origine est inconnue. Puis, la chambre criminelle a sanctionné de nullité le défaut d'enregistrement qui n'est pas justifié par un obstacle insurmontable : Cass. crim., 3 avril 2007, Bull. crim., n°104 ; A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 287, obs. G. ROYER ; Dr. pénal, 2007, comm. n°109, note A. MARON ; R.P.D.P., 2008, p. 436, obs. A. GOUTTENOIRE ; Cass. crim., 12 juin 2007, Bull. crim., n°155 (solution identique) ; A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 388, obs. S. L. ; R.P.D.P., 2008, p. 436, obs. A. GOUTTENOIRE ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2008, chron. préc., spéc. n°18 à 20.

³⁷⁵⁹ Ce texte prévoit que « lorsque l'enregistrement ne peut être effectué en raison d'une impossibilité technique, il en est fait mention dans le procès-verbal d'interrogatoire qui précise la nature de cette impossibilité. Le procureur de la République ou le juge d'instruction en est immédiatement avisé ». Pour une application : Cass. crim., 26 mars 2008, Dr. pénal, 2008, comm. n°119, note A. MARON et M. HAAS ; A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 286, obs. G. ROYER ; R.P.D.P., 2008, p. 436, obs. A. GOUTTENOIRE, p. 618, obs. E. VERNY et p. 865, obs. P. MAISTRE DU CHAMBRON (cassation, car l'impossibilité technique d'enregistrer l'interrogatoire du mineur gardé à vue n'a pas été mentionnée dans le procès-verbal d'interrogatoire et celle-ci n'a pas été portée immédiatement à la connaissance du parquet).

³⁷⁶⁰ Art. 64-1 du C.P.P. L'obligation d'enregistrement des interrogatoires de garde à vue n'est applicable qu'en matière criminelle (Cass. crim., 2 déc. 2009, Bull. crim., n°201 ; D., 2010, p. 211, obs. C. GIRAULT ; A.J. pénal, 2010, jurisp., p. 200, obs. C. DUPARC). L'enregistrement audiovisuel n'est obligatoire pour les gardés à vue que lorsque les auditions ont lieu dans les locaux de police ou de gendarmerie : Cass. crim., 11 juill. 2012, Bull. crim., n°167 (solution conforme à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme).

³⁷⁶¹ Art. 116-1 du C.P.P. L'obligation d'enregistrer les interrogatoires ne s'étend pas à ceux réalisés en dehors du cabinet du juge d'instruction : Cass. crim., 1^{er} avril 2009, Bull. crim., n°64 ; A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 271, obs. C. DUPARC. Tout manquement à l'obligation d'enregistrement dans le cabinet de ce juge est en revanche sanctionné : Cass. crim., 3 mars 2010, Bull. crim., n°47 ; D., 2010, p. 1024, obs. C. GIRAULT ; A.J. pénal, 2010, jurisp., p. 294, obs. L. ASCENSI ; Procédures, 2010, comm. n°247, obs. A.-S. CHAVENT-LECLERE. Pour une étude d'ensemble : C. COURTIN, L'enregistrement audiovisuel des interrogatoires du suspect, A.J. pénal, 2010, dossier, p. 490 et s.

³⁷⁶² Cass. crim., 18 janv. 2012, Bull. crim., n°18 (article 116-1, al. 7 du C.P.P.) ; Cass. crim., 18 janv. 2012, Bull. crim., n°19 (article 64-1, al. 7 du C.P.P.).

³⁷⁶³ C.C., Q.P.C., 6 avril 2012, n°2012-228/229, *M. Kiril Z.*, J.O. du 7 avril 2012, p. 6414 ; D., 2012, p. 1376, note C. COURTIN ; R.P.D.P., 2012, p. 384, obs. C. RIBEYRE ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2012, chron. préc., spéc. n°17 ; Rev. sc. crim., 2013, chron., p. 441, spéc. p. 443 et 444, obs. B. DE LAMY.

traitement instituée entre les personnes suspectées d'avoir commis l'un des crimes visés par les dispositions contestées et celles qui sont entendues ou interrogées alors qu'elles sont suspectées d'avoir commis d'autres crimes entraîne une discrimination injustifiée ». Il y a donc une méconnaissance du principe d'égalité³⁷⁶⁴.

761. Le juge pénal s'assure de l'observation du formalisme applicable à d'autres actes attentatoires à la sûreté des justiciables, comme les mandats de justice. S'il a toujours été considéré que les irrégularités de pure forme n'affectent pas leur validité³⁷⁶⁵, celles portant sur une forme substantielle entraînent leur inexistence³⁷⁶⁶. Le mandat d'arrêt européen obéit, lui, sans doute à des prescriptions formelles plus souples, compte tenu de la philosophie ayant présidé à sa création, fondée sur le haut degré de confiance mutuelle entre Etats membres de l'Union européenne. Le formalisme apparaît « allégé » dans bien des domaines en ce qui le concerne³⁷⁶⁷. Il n'empêche que le juge pénal exerce un contrôle minimum – de pure légalité – de la gravité des faits susceptibles d'en faire l'objet³⁷⁶⁸. Il entend encore faire respecter les formes des articles 148-6 et 148-7 du C.P.P., lorsqu'une demande de mise en liberté est formée dans le cadre de l'exécution d'un tel mandat³⁷⁶⁹.

762. Il est enfin veillé à ce que le contrôle judiciaire et la détention provisoire répondent aux dispositions formelles édictées par le Code de procédure pénale. Ces actes requièrent une vigilance particulière, compte tenu de la gravité du grief qu'ils causent aux justiciables. La jurisprudence l'a bien saisi. Selon l'article 137-2 du C.P.P., le contrôle judiciaire est ordonné après avoir recueilli les réquisitions du ministère public. Il a été décidé, au visa de ce texte, que l'omission de cette formalité

³⁷⁶⁴ Cons. 9 de la décision. Le défaut d'enregistrement d'un interrogatoire antérieur à cette décision n'entraîne cependant aucune annulation, dès lors que le mis en examen a été en mesure d'être assisté d'un avocat qui a pu vérifier la transcription sur les procès-verbaux des questions et des réponses, demander des rectifications et contester la portée des propos, tels qu'ils ont été transcrits : Cass. crim., 10 mai 2012, Bull. crim., n°116 ; Cass. crim., 12 mars 2013, Inédit, n°12-86592 ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2013, chron. préc., spéc. n°24.

³⁷⁶⁵ A titre d'illustration, l'omission du fait poursuivi ne provoque pas la nullité du mandat d'arrêt (Cass. crim., 5 sept. 1817, D.P., 1817, 2, p. 511) ou l'omission de la notification n'entraîne pas la nullité du mandat d'arrêt ou d'amener si elle ne constitue pas une violation des droits de la défense (Cass. crim., 24 janv. 1985, Bull. crim., n°41). Toutefois, il a été jugé que l'omission de la notification du mandat de dépôt au prévenu entraîne son annulation et la mise en liberté immédiate (CA Alger (ch. acc.), 17 fév. 1961, J.C.P., 1961, II, 12054, note P. CHAMBON).

³⁷⁶⁶ Il s'agit de l'incompétence du juge (Cass. crim., 5 mai 1832, Bull. crim., n°159), de l'omission de l'avis nominatif du procureur de la République prévu par l'article 131 du C.P.P., qui rend nul le mandat d'arrêt par lequel le prévenu n'a pu être dûment appelé à la procédure (Cass. crim., 7 avril 1987, Bull. crim., n°159) ou de la délivrance d'un mandat d'arrêt hors des cas de l'article 131 alors que la résidence de l'inculpé est connue (Cass. crim., 25 janv. 1961, Bull. crim., n°47).

³⁷⁶⁷ S'agissant de l'émission de ce mandat, le signalement dans le système d'information Schengen, accompagné des renseignements prévus par l'article 695-13 du C.P.P., vaut mandat d'arrêt européen : Cass. crim., 19 avril 2005, D., 2005, I.R., p. 1305 et Cass. crim., 25 janv. 2006, A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 180, obs. M.-E. C. En outre, les dispositions de l'article 197, al. 2 du C.P.P., lesquelles prévoient un délai minimum de cinq jours entre la date de la convocation et celle de l'audience devant la chambre de l'instruction, ne sont pas applicables lorsque la juridiction statue en matière de mandat d'arrêt européen : Cass. crim., 14 sept. 2005, Procédures, 2005, comm. n°258, note J. BUISSON. Certains mandats d'arrêt européens ont par ailleurs été jugés valides, malgré leurs imprécisions sur l'énoncé des faits reprochés : Cass. crim., 8 juin 2005, A.J. pénal, 2005, jurisp., p. 289, obs. C.-S. ENDERLIN. V. enfin, Cass. crim., 11 avril 2012, Bull. crim., n°90.

³⁷⁶⁸ V. Cass. crim., 4 mai 2010, Procédures, 2010, comm. n°290, note A.-S. CHAVENT-LECLERE (deuxième espèce).

³⁷⁶⁹ V. Cass. crim., 24 juin 2008, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 382, obs. E. A et p. 428, obs. M.-E. ; Comp., sous l'empire de la loi du 10 mars 1927 en matière d'extradition : Cass. crim., 5 fév. 2002, Procédures, 2002, comm. n°102, note J. BUISSON (formalisme moins important).

par le juge d'instruction entachait de nullité l'ordonnance de placement sous contrôle judiciaire, l'obtention préalable des réquisitions du procureur de la République demeurant indispensable³⁷⁷⁰. En outre, le délai de cinq jours, dont dispose le juge d'instruction pour statuer sur une demande de mainlevée de cette mesure, court à compter de la date de réception de celle-ci. Si le juge n'a pas statué au terme de ce délai, le mis en examen peut saisir la chambre de l'instruction qui doit se prononcer dans les vingt jours de sa saisine³⁷⁷¹. La demande de mainlevée du contrôle judiciaire suit d'ailleurs un formalisme plus souple lorsque le mis en examen est détenu dans une autre information. Celui-ci « doit pouvoir effectuer la déclaration au greffe prévue par l'article 148-6 du C.P.P. soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, soit par l'intermédiaire d'une requête transmise par le chef de l'établissement pénitentiaire »³⁷⁷².

763. Il s'avère impératif que la détention provisoire, caractérisée par une coercition plus intense, respecte les formalités légales, qui constituent une garantie effective de la protection de la liberté individuelle. En logique, la jurisprudence se révèle exigeante en la matière : plus l'acte apparaît coercitif, plus elle se montre rigoureuse quant à l'observation de ses formes. Il convient donc de la saluer de manière globale. Celle-ci refuse bien sûr d'annuler le placement en détention lorsque la personne mise en examen ne subit aucun grief³⁷⁷³ ou en cas d'erreur purement matérielle³⁷⁷⁴. Mais le juge des libertés et de la détention ne saurait substituer une nouvelle ordonnance de prolongation de la détention provisoire à une précédente entachée d'irrégularité³⁷⁷⁵. C'est surtout l'organisation et le déroulement du débat contradictoire préalable au placement ou à la prolongation de cette privation de liberté, en principe obligatoire³⁷⁷⁶, qui imposent le respect d'un formalisme important³⁷⁷⁷.

³⁷⁷⁰ Cass. crim., 22 janv. 2002, Bull. crim., n°7 ; Dr. pénal, 2002, comm. n°63, note A. MARON ; Procédures, 2002, comm. n°76, note J. BUISSON. La jurisprudence avait pourtant retenu une solution contraire pour la détention provisoire : V. Cass. crim., 3 déc. 1997, Dr. pénal, 1998, comm. n°42, note A. MARON ; Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°127, note J. BUISSON.

³⁷⁷¹ Cass. crim., 20 juin 2002, Bull. crim., n°142 ; Dr. pénal, 2002, comm. n°141, note A. MARON et M. HAAS ; Procédures, 2002, comm. n°213, note J. BUISSON.

³⁷⁷² Cass. crim., 30 oct. 2007, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 94, obs. G. ROYER.

³⁷⁷³ V. Cass. crim., 22 juin 2004, Dr. pénal, 2004, comm. n°166, note A. MARON ; A.J. pénal, 2004, jurisp., p. 372, obs. J. C., où manquaient les signatures du mis en examen, du juge et du greffier sur la première page du procès-verbal de débat contradictoire. Celles-ci figuraient en revanche à la fin du procès-verbal. En application de l'article 802 du C.P.P., cette omission n'a pas eu pour effet de porter atteinte aux intérêts du mis en examen.

³⁷⁷⁴ V. par ex., Cass. crim., 6 mars 2007, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 234, obs. M.-E. C., pour une erreur de date inopérante ne nécessitant pas d'ordonnance rectificative ; Cass. crim., 16 sept. 2008, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 472, obs. M.-E. C., pour la rectification d'une erreur matérielle contenue dans une ordonnance de prolongation de la détention provisoire.

³⁷⁷⁵ Cass. crim., 13 oct. 2004, Bull. crim., n°242 ; A.J. pénal, 2005, jurisp., p. 27, obs. J. LEBLOIS-HAPPE. En effet, « en procédant à une telle substitution, il empiète sur les attributions de la chambre de l'instruction, seule compétente pendant la durée de l'information pour en apprécier la régularité sous le contrôle de la Cour de cassation ».

³⁷⁷⁶ Une détention provisoire peut être prolongée sans organisation du débat contradictoire préalable en cas de circonstance insurmontable. Il faut néanmoins que celle-ci soit suffisamment caractérisée : V. Cass. crim., 28 avril 1998, Bull. crim., n°143 (barrages routiers empêchant la circulation).

³⁷⁷⁷ Sur le champ d'application des dispositions de l'article 145 du C.P.P. : Cass. crim., 12 sept. 2007, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 540, obs. C. LACROIX, acceptant l'application de ce texte en cas de révocation du contrôle judiciaire pour inobservation des obligations (art. 141-2 du C.P.P.) et demande de mise en détention.

764. Ainsi, l'irrégularité affectant la convocation de l'avocat du mis en examen au débat contradictoire³⁷⁷⁸, entraîne la nullité de la décision du juge des libertés et de la détention et, par conséquence, la mise en liberté d'office de l'intéressé³⁷⁷⁹. Cette convocation ne doit pas être ambiguë. Il faut qu'elle précise son objet, à savoir l'assistance du client lors de ce débat organisé devant le juge des libertés et de la détention³⁷⁸⁰. Au cours de celui-ci, le ministère public est entendu et développe ses réquisitions, conformément aux dispositions de l'article 145, alinéa 6, du C.P.P. Il n'est pas exigé qu'il soit présent jusqu'à la fin du débat et qu'il assiste au prononcé de la décision prise par le juge³⁷⁸¹. Depuis la loi du 5 mars 2007, ce débat contradictoire se déroule, en principe, en présence du public. L'irrespect de la publicité n'entraîne pourtant l'annulation que si le mis en examen démontre qu'il a souffert un grief³⁷⁸². Cette solution contestable contraste avec la rigueur dont fait preuve la jurisprudence lorsqu'il s'agit d'un mineur. La violation de la publicité restreinte, instaurée pour protéger l'identité et la personnalité du mineur, fait nécessairement grief à ses intérêts³⁷⁸³.

765. Une attention particulière doit, de même, être portée au respect de la contradiction. Sous peine de méconnaître ce principe et de provoquer la nullité de l'ordonnance de placement en détention provisoire, le procureur de la République ne peut rester pendant quelques minutes, porte fermée, avec le juge chargé de statuer sur la détention à l'issue du débat contradictoire, en présence du greffier mais hors la présence de la personne mise en examen et de son conseil³⁷⁸⁴. Il est, par ailleurs, des questions pour lesquelles la Cour de cassation a manifesté une certaine souplesse. Plusieurs décisions en témoignent. Elles ont trait à la forme du procès-verbal de débat contradictoire³⁷⁸⁵, à la large utilisation

³⁷⁷⁸ Dans le contentieux de la détention provisoire, le délai de convocation des parties et de leurs avocats à une audience de la chambre de l'instruction est de quarante-huit heures. Il s'agit d'un délai franc (art. 197, al. 2 du C.P.P.). Pour son calcul, ne doivent donc être pris en compte ni le jour d'expédition de la lettre recommandée ni celui de l'audience : V. Cass. crim., 4 mars 2009, Procédures, 2009, comm. n°212, obs. J. BUISSON.

³⁷⁷⁹ Cass. crim., 5 sept. 2001, Bull. crim., n°173. La chambre de l'instruction ne peut évoquer et statuer sur la détention, elle doit prononcer d'office la mise en liberté du mis en examen.

³⁷⁸⁰ Cass. crim., 20 mai 2008, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 378, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE. Le respect des formalités prescrites à l'article 114 du C.P.P. demeure insuffisant à lui seul. Cette décision pose une obligation de loyauté, l'avocat ne devant pas être induit en erreur et croire qu'il s'agit d'un interrogatoire au fond de son client, alors qu'il s'agit du débat contradictoire préalable à la prolongation de la détention. Il doit savoir précisément pourquoi il est convoqué. Cette solution doit être approuvée : elle assure une protection efficace aux droits de la défense.

³⁷⁸¹ Cass. crim., 28 avril 2009, Bull. crim., n°78 ; A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 269, obs. G. ROYER ; Cass. crim., 12 mai 2009, Bull. crim., n°91 ; A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 320, obs. M.-E. C. ; Rev. sc. crim., 2009, p. 863, obs. R. FINIELZ. V. aussi, D. GUERIN, Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2010, chron. préc., spéc. n°32. Il n'y a que devant les juridictions de jugement que la présence du parquet est obligatoire durant la lecture de la décision. Ces arrêts sont contestables au regard du principe du contradictoire qui, pour être effectif, exige la présence du juge et des parties tout au long des débats.

³⁷⁸² Cass. crim., 25 juill. 2007, Bull. crim., n°187, préc. (solution transposable au débat contradictoire organisé par le juge des libertés et de la détention). Le fait que la porte du cabinet du juge soit fermée ne signifie pas que l'accès est interdit au public : Cass. crim., 18 juin 2008, Bull. crim., n°157.

³⁷⁸³ CA Versailles (ch. instr., 10^{ème} ch. A), 17 nov. 2009, D., 2010, p. 1058, note B. BOULOC.

³⁷⁸⁴ Cass. crim., 19 sept. 1990, Bull. crim., n°317 ; Cass. crim., 26 oct. 1993, Bull. crim., n°314 ; Cass. crim., 4 juin 2009, Bull. crim., n°113 ; Rev. sc. crim., 2009, p. 863, obs. R. FINIELZ. Toutefois, aucune atteinte n'a été portée au principe du contradictoire lorsque le magistrat du parquet n'est resté dans le cabinet du juge des libertés et de la détention, après le débat contradictoire, et hors la présence du mis en examen et de son avocat, que pour retirer les dossiers devant être examinés par la suite : Cass. crim., 22 oct. 2002, Bull. crim., n°190. Il est vrai que, dans ce cas, la présence du procureur dans le cabinet du juge trouve une explication logique.

³⁷⁸⁵ V. Cass. crim., 30 janv. 2007, Bull. crim., n°22 ; A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 144, obs. E. A.

de la visioconférence pour prolonger la détention provisoire³⁷⁸⁶ ou à l'autorisation accordée au juge des libertés de mettre sa décision sur la prolongation de la détention en délibéré³⁷⁸⁷. Bien que les demandes de mise en liberté restent assujetties à des formalités strictes³⁷⁸⁸, la Haute juridiction ne semble pas non plus trop rigide dans ce domaine³⁷⁸⁹. Il faut s'en féliciter, car l'excès de formalisme risquerait d'ôter toute effectivité à cette garantie de la liberté individuelle. Cela étant, l'intensité de l'acte coercitif amplifie les formes à observer. Elle exige, de surcroît, de le motiver.

B – Motivation imposée en raison de l'intensité de l'acte coercitif

766. Analysée comme « l'une des assises de l'ordre juridique », la motivation des décisions de justice constitue une garantie fondamentale pour les justiciables³⁷⁹⁰. Puisqu'il s'agit d'un gage de protection contre les décisions arbitraires³⁷⁹¹, les autorités publiques devraient être tenues de motiver systématiquement leurs décisions d'exécuter un acte coercitif. Pareil système se révèle peu concevable en réalité. Plus protecteur des libertés individuelles, il pourrait cependant entamer l'efficacité de la justice pénale. Son principal danger serait de différer des investigations ne devant souffrir aucun retard. Il alourdirait, de plus, la charge de travail des autorités publiques, très occupées. C'est pourquoi

³⁷⁸⁶ Cass. crim., 20 janv. 2010, Procédures, 2010, comm. n°150, obs. A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Cass. crim., 24 fév. 2010, Procédures, 2010, comm. n°210, obs. J. BUISSON. L'utilisation de la visioconférence pour organiser le débat contradictoire préalable à la prolongation de la détention provisoire n'est pas subordonnée à la démonstration de circonstances imprévisibles et irrésistibles (dans un sens différent, Cass. crim., 17 mars 2009, Procédures, 2009, comm. n°208, note J. BUISSON). Mais la jurisprudence a évolué. Selon l'article 706-71 du C.P.P., dans sa rédaction issue de la loi n°2011-267 du 14 mars 2011, lorsqu'il s'agit d'une audience relative au placement en détention provisoire ou à sa prolongation, la personne détenue peut refuser l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle, sauf si son transport paraît devoir être évité en raison des risques graves de trouble à l'ordre public ou d'évasion. Seul ce dernier motif peut permettre de passer outre au refus par la personne détenue d'utiliser ce procédé, non le confort des magistrats ou les économies réalisables : V. Cass. crim., 11 oct. 2011, Bull. crim., n°197 ; D., 2011, p. 2732, obs. M. LENA ; Rev. sc. crim., 2012, p. 197, obs. J. DANET (cassation sur un moyen relevé d'office).

³⁷⁸⁷ Cass. crim., 30 mars 2005, Bull. crim., n°105 ; A.J. pénal, 2005, jurispr., p. 287, obs. C. GIRAULT, ajoutant « qu'il suffit que la prolongation soit ordonnée avant l'expiration du titre de détention ».

³⁷⁸⁸ Art. 148-6 à 148-8 du C.P.P. Ce formalisme rigoureux est institué afin d'éviter que des demandes de mises en liberté ne se glissent au détour d'une longue lettre ou d'un document susceptible de ne pas attirer l'attention des juges. Pour une demande de mise en liberté jugée irrecevable, V. Cass. crim., 1^{er} avril 2009, Dr. pénal, 2009, comm. n°100, note A. MARON et M. HAAS. V. aussi, Cass. crim., 23 janv. 2013, Bull. crim., n°26, préc. ; Rev. sc. crim., 2013, p. 395. Dans ses observations sur cet arrêt, M. l'avocat général BOCCON-GIBOD approuve le prononcé de la cassation. Il évoque une « sage décision, conforme à la volonté du législateur d'instaurer pour les demandes de mise en liberté un formalisme excluant toute ambiguïté ». La demande de mise en liberté avait été dissimulée dans une lettre de quatre pages.

³⁷⁸⁹ V. Cass. crim., 11 sept. 2007, Dr. pénal, 2007, comm. n°164, note A. MARON (première espèce), pour le cas de l'avocat qui ne réside pas dans le ressort de la juridiction compétente (art. 148-6, al. 3 du C.P.P.) ; Cass. crim., 21 mai 2008, A.J. pénal, 2008, jurispr., p. 423, obs. M. NORD-WAGNER, refusant de déclarer une demande de mise en liberté irrecevable, « au seul motif de l'existence, dans son libellé, d'une erreur matérielle » ; Cass. crim., 12 juin 2014, n°14-82333, E.C.P.B. ; D., 2014, p. 1328 (souplesse aussi à l'égard des juridictions lorsque le délai pour statuer est dépassé en raison de mentions erronées contenues dans les demandes de mise en liberté, ce qui rend incertain la désignation de la juridiction compétente). V. X. SAMUEL, L'utilisation des principes constitutionnels dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, C.C.C., 2009, n°26, p. 42 et s., spéc. p. 43, pour qui la chambre criminelle assure sans doute son rôle de gardien de la liberté individuelle.

³⁷⁹⁰ G. GIUDICELLI-DELAGE, La motivation (...), *op. cit.*, p. 513 et 515 ; M. LAROCQUE, Le contrôle juridictionnel de la détention préventive, in *Détention provisoire, contrôle judiciaire et garde à vue. Les problèmes soulevés par leur contrôle juridictionnel*, XIIe journées franco-belgo-luxembourgeoises de droit pénal, P.U.F., 1971, p. 119 et s., spéc. p. 126 et 127. En droit européen : CEDH, 10 nov. 2009, *Juez Albizu / Espagne*, n°25242/06, §21 ; Procédures, 2010, comm. n°9, note N. FRICERO.

³⁷⁹¹ G. GIUDICELLI-DELAGE, *op. cit.*, p. 655 et 656.

le droit positif retient une solution plutôt équilibrée. L'intensification de la coercition impose la motivation, du moins la renforce. Pour l'exprimer d'une autre façon : plus l'acte s'avère coercitif, plus il doit être motivé.

767. Cette règle peut se vérifier, en premier lieu, à l'aide des contrôles et vérifications d'identité. Il faut que tout contrôle d'identité, de police administrative ou de police judiciaire, soit concrètement motivé. Il faut qu'il soit justifié par des circonstances particulières³⁷⁹², ou bien par une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que la personne concernée a, entre autres, commis ou tenté de commettre une infraction³⁷⁹³. Comme tout acte coercitif, celui-ci doit répondre aux exigences générales de nécessité et de proportionnalité pour être valable. Le juge judiciaire vérifie précisément le respect de ces conditions par les A.P.J. ou O.P.J. lorsqu'il statue sur la validité des contrôles d'identité³⁷⁹⁴. D'un point de vue formel, le Code de procédure pénale n'astreint toutefois pas ces autorités à motiver la mesure avant d'y procéder. Si les conditions légales sont réunies, elles peuvent l'accomplir sans prendre, au préalable, une décision écrite et motivée sur son caractère nécessaire et proportionné³⁷⁹⁵. La motivation des contrôles d'identité apparaît sur les procès-verbaux établis après leur exécution. Dépourvus de caractère juridictionnel, ils n'ouvrent droit qu'à une action en nullité exercée *a posteriori*.

768. En cas de contrôle infructueux, si la personne ne veut ou ne peut justifier de son identité, le législateur a prévu la faculté, sous condition expresse de nécessité, de la retenir sur place ou dans les locaux de police où elle est conduite afin de vérifier son identité³⁷⁹⁶. Nettement plus coercitive que le simple contrôle, cette vérification s'accompagne d'une rétention pouvant atteindre quatre heures, voire huit heures à Mayotte. A certaines conditions énoncées au texte³⁷⁹⁷, les opérations de vérification peuvent de surcroît provoquer la prise d'empreintes digitales ou de photographies lorsque celle-ci constitue le seul moyen d'établir l'identité de l'intéressé. Mais cette prise d'empreintes ou de

³⁷⁹² Il est d'usage d'écrire que « la motivation du contrôle aura un rôle déterminant sur sa validité » ou bien que la chambre criminelle exige « toujours une motivation précise et concrète se référant aux circonstances de l'espèce » (E. DE LA LANCE, *op. cit.*, spéc. p. 150 et 151). V. Cass. crim., 12 mai 1999, Bull. crim., n°95, même s'il s'agit de la censure d'un contrôle d'identité de police administrative.

³⁷⁹³ Art. 78-2 du C.P.P. Pour des contrôles d'identité de police judiciaire jugés réguliers : Cass. crim., 13 janv. 1986, Bull. crim., n°19 ; CA Versailles, 12 nov. 1996, Dr. pénal, 1998, comm. n°12, note A. MARON ; CA Grenoble, 12 mars 1997, Dr. pénal, 1998, comm. n°26, note A. MARON ; CA Grenoble, 11 juin 1997, Dr. pénal, 1998, comm. n°27, note A. MARON.

³⁷⁹⁴ Le Conseil constitutionnel se montre vigilant vis-à-vis des contrôles d'identité. Il exige que ces actes attentatoires à la liberté d'aller et de venir soient justifiés et motivés. V. C.C., 5 août 1993, n°93-323 DC, préc., cons. 10, qui, sur les contrôles – certes de police administrative – opérés pour prévenir une atteinte à l'ordre public, pose qu'« il revient à l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle de contrôler en particulier les conditions relatives à la légalité, à la réalité et à la pertinence des raisons ayant motivé les opérations de contrôle et de vérification d'identité » et qu'il lui appartient dès lors « d'apprécier, s'il y a lieu, le comportement des personnes concernées ». *Adde*, C.C., 19-20 janv. 1981, n°80-127 DC, préc., cons. 56.

³⁷⁹⁵ V. d'ailleurs, s'agissant des contrôles d'identité et des visites de véhicules autorisés par l'article 78-2-2 du C.P.P., Cass. civ. 2^{ème}, 19 fév. 2004, préc., A.J. pénal, 2004, jurisp., p. 160, obs. A. PITOUN ; Dr. pénal, 2004, comm. n°56, note A. MARON.

³⁷⁹⁶ Art. 78-3, al. 1 du C.P.P.

³⁷⁹⁷ Art. 78-3, al. 4 du C.P.P. Il faut, d'une part, que l'intéressé persiste à dissimuler son identité et, d'autre part, l'autorisation de l'autorité judiciaire, parquet ou juge d'instruction.

photographies doit être mentionnée et « spécialement motivée » dans le procès-verbal dressé par l'O.P.J. aux termes de l'article 78-3, alinéa 5, du C.P.P. L'intensité de la coercition s'accroît également lorsque la garde à vue est prolongée par l'autorité judiciaire. La prolongation de la mesure nécessite « une autorisation écrite et motivée » du procureur de la République³⁷⁹⁸. Avant l'adoption de la loi du 14 avril 2011, il a été jugé que la prolongation de la garde à vue demeure nulle en l'absence de motivation³⁷⁹⁹. La loi n°2014-535 du 27 mai 2014 permet désormais au gardé à vue de présenter des observations au procureur de la République ou au juge des libertés et de la détention lorsque ce magistrat se prononce sur l'éventuelle prolongation de l'acte coercitif, tendant à ce qu'il soit mis fin à celui-ci. Lorsque l'individu n'est pas présenté au magistrat, ses observations sont recueillies par les enquêteurs dans un procès-verbal qui doit être joint à la demande de prolongation³⁸⁰⁰.

769. En deuxième lieu, les écoutes téléphoniques obéissent à un régime différent de celui applicable aux sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules. Le parallèle entre les deux actes met en évidence le lien entre l'intensification de la contrainte et le renforcement ou, plus exactement, l'apparition de la motivation. L'article 100, alinéa 2, du C.P.P. précise que la décision d'interception de correspondances émises par la voie des télécommunications est écrite, qu'elle n'a pas de caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours. Le législateur n'impose nulle part au juge d'instruction de motiver l'exécution de cet acte coercitif³⁸⁰¹. Ces dispositions légales ont fait l'objet d'une interprétation stricte. Dans le silence de la loi, la motivation n'est pas exigée par les articles 81, 100 et suivants du C.P.P.³⁸⁰². La solution inverse prédomine pour les sonorisations et fixations d'images en raison de leur aspect beaucoup plus coercitif. Nécessairement exécutée dans le cadre d'une information relative à une infraction de criminalité organisée, la sonorisation doit être autorisée par ordonnance motivée du juge d'instruction selon les articles 706-96 et 706-97 du C.P.P. Aussi la chambre criminelle entend, avec raison, faire respecter l'exigence de motivation, compte tenu, d'une part, de la précision des textes à ce sujet, d'autre part, de l'intensité de l'atteinte portée à la vie privée par une telle mesure³⁸⁰³.

³⁷⁹⁸ Art. 63, II du C.P.P.

³⁷⁹⁹ Cass. crim., 9 mai 2001, Bull. crim., n°115 ; Procédures, 2001, comm. n°158, note J. BUISSON, affirmant que « l'omission de cette formalité porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne gardée à vue » et que la mention « Vu OK pour prolongation » est insuffisante. Il n'empêche que la motivation de la non présentation de la personne dont la garde à vue est prolongée n'a pas besoin d'être très développée : V. Cass. crim., 2 avril 2003, Dr. pénal, 2003, chron. n°29 par A. MARON.

³⁸⁰⁰ Art. 63-1, 3° du C.P.P. Sur ce point : V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2014, chron. préc., spéc. n°6, notant que le magistrat devra répondre aux observations dans sa décision accordant ou refusant prolongation. « Cette formalité nouvelle oblige en pratique, dès lors du moins que la présentation physique n'est pas envisagée, à gérer très en amont les prolongations et réduit l'utilité de la première période ». Certains auteurs analysent toutefois la demande du gardé à vue comme « hautement symbolique » (S. PELLE, Garde à vue : la réforme (...), *op. cit.*, n°15, p. 1512).

³⁸⁰¹ L'article 706-95 du C.P.P. ne l'exige pas davantage dans le cadre d'une enquête de criminalité et délinquance organisées.

³⁸⁰² Cass. crim., 13 oct. 1999, Procédures, 2000, comm. n°74, note J. BUISSON ; Cass. crim., 22 oct. 2013, Bull. crim., n°196.

³⁸⁰³ Cass. crim., 27 fév. 2008, Bull. crim., n°53 ; A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 284, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; Dr. pénal, 2008, comm. n°76, note A. MARON et M. HAAS ; Procédures, 2008, comm. n°156, note J. BUISSON ; R.P.D.P., 2009, p. 200, obs. J. BUISSON (arrêt de principe rendu au visa des articles 706-96 et 706-97 du C.P.P.). On a fait remarquer, à juste titre,

770. Quant aux actes restrictifs et privatifs de liberté adoptés au cours de l'information, ils confirment, en dernier lieu, que l'acte s'avère motivé à proportion de sa nature coercitive³⁸⁰⁴. A l'origine, la mise sous contrôle judiciaire du mis en examen n'a pas à être motivée : la loi du 17 juillet 1970 demeure muette sur ce point³⁸⁰⁵. Sa motivation a été exigée par la Cour de cassation, en particulier depuis la réforme opérée par la loi du 4 janvier 1993 qui a permis de relever appel de l'ordonnance de placement sous contrôle judiciaire³⁸⁰⁶. Elle impose à la juridiction d'instruction ou au juge des libertés et de la détention décidant pareil placement, de s'expliquer sur les circonstances le justifiant, soit en raison des nécessités de l'information, soit à titre de mesure de sûreté³⁸⁰⁷. Celle-ci doit, par exemple, préciser que la mesure reste nécessaire pour garantir la représentation en justice de l'intéressé ou pour éviter qu'il ne rencontre des complices. Si son appréciation portée sur la nécessité du contrôle judiciaire ou de telle obligation l'assortissant est souveraine³⁸⁰⁸, encore faut-il que sa décision soit suffisamment motivée. La chambre criminelle veille de plus en plus à l'observation de cette motivation par les juges du fond³⁸⁰⁹. Cette rigueur juridique se justifie eu égard à la gravité de la restriction apportée aux droits et libertés des justiciables³⁸¹⁰.

771. L'exigence de motivation apparaît finalement la plus forte en matière de détention provisoire, bien davantage coercitive. Il existe, certes, un cas spécifique dans lequel la mise en détention du mis en examen n'a pas besoin de se fonder sur l'un des motifs énumérés à l'article 144 du C.P.P. : la révocation du contrôle judiciaire pour manquement volontaire aux obligations attachées à la mesure³⁸¹¹. Hormis cette exception, tout placement ou prolongation en détention provisoire doit être

qu'en imposant que l'ordonnance prescrivant la mesure soit motivée, « le législateur a ménagé la possibilité d'un contrôle réel et effectif » : F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2271.

³⁸⁰⁴ Les exemples pris ne prétendent pas à l'exhaustivité ; d'autres auraient pu être retenus, comme celui des perquisitions. Si cet acte ne nécessite pas d'être motivé au plan formel lors de l'enquête de flagrance ou de l'information de droit commun (V. à cet égard, le silence des articles 56 et 92 du C.P.P.), l'autorisation d'y procéder de nuit, signe d'une intensification de la coercition, au cours d'une procédure portant sur une infraction de criminalité organisée, doit l'être, au contraire, d'après l'article 706-92 du C.P.P.

³⁸⁰⁵ V. E. BLOCH, Le contrôle judiciaire. Un instrument délicat à jouer, *Gaz. pal.*, 1970, *doctr.*, p. 231 et s., *spéc.* p. 235 ; G. GIUDICELLI-DELAGE, *op. cit.*, p. 243 et s.

³⁸⁰⁶ Sur le débat, avant l'adoption de la loi de 1993 : J.-P. DINTILHAC, Le contrôle de la Cour (...), *op. cit.*, p. 250 et 251.

³⁸⁰⁷ Cass. crim., 8 août 1995, *Bull. crim.*, n°264 ; Cass. crim., 23 janv. 1996, *Dr. pénal*, 1996, *comm.* n°115, note A. MARON ; Cass. crim., 13 fév. 2002, *Bull. crim.*, n°28.

³⁸⁰⁸ Cass. crim., 26 juill. 2000, *Bull. crim.*, n°260, précisant que les juridictions d'instruction ne sont pas tenues de motiver chacune des modalités du contrôle judiciaire autres que celles prévues à l'article 138, al. 2, 12° du C.P.P. – mais aussi 11° du même Code –. Le choix d'une ou plusieurs obligations relève ainsi du pouvoir du juge qui ordonne la mesure ; Cass. crim., 19 mars 2002, *Bull. crim.*, n°64.

³⁸⁰⁹ V. Cass. crim., 4 nov. 2008, *préc.*, D., 2009, p. 2242, obs. J. PRADEL, pour le montant d'un cautionnement qui doit être motivé ; Cass. crim., 1^{er} oct. 2008, *Inédit*, n°08-83798 ; D. GUERIN, Un an d'instruction préparatoire, *Dr. pénal*, 2009, *chron. préc.*, *spéc.* n°30, à propos d'une interdiction professionnelle ; Cass. crim., 17 sept. 2014, n°14-84282, E.C.P.B., prononçant la cassation, la chambre de l'instruction ne s'étant pas suffisamment expliquée sur les ressources et charges de la personne mise en examen pour fixer le montant et les délais de versement du cautionnement. L'interdiction d'exercer certaines activités sociales ou professionnelles en relation avec l'infraction impose une motivation complémentaire (constater que l'infraction a été commise dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ces activités et caractériser le risque de la commission d'une nouvelle infraction) : V. Cass. crim., 17 sept. 2014, *préc.* (cassation également à ce titre).

³⁸¹⁰ Il convient justement d'observer que l'ordonnance de placement sous contrôle judiciaire d'un mineur doit être motivée selon l'article 10-2, II de l'ordonnance du 2 février 1945.

³⁸¹¹ Art. 141-2 du C.P.P. ; Cass. crim., 13 oct. 1998, *Bull. crim.*, n°258, affirmant que la décision de placement en détention provisoire prise en application de l'article 141-2 du C.P.P. n'a pas à être motivée ; Cass. crim., 25 nov. 2003, *A.J. pénal*,

motivé. D'après la Cour européenne, il faut que la motivation soit suffisante, mais qu'elle soit également de qualité. Elle proscrie le recours à des formules abstraites ou stéréotypées pour ordonner ou prolonger cet acte³⁸¹². Il est donc indispensable que les juges internes motivent « de manière concrète, sur la base des faits pertinents, les raisons pour lesquelles l'ordre public serait effectivement menacé dans le cas où l'accusé comparait libre »³⁸¹³. De plus, leurs motifs ne doivent pouvoir être invoqués qu'après démonstration du caractère insuffisant des mesures alternatives à la détention provisoire³⁸¹⁴.

772. C'est dans cette voie que s'oriente, réforme après réforme, le droit français. La loi du 17 juillet 1970 a fait reposer « toute l'économie du nouveau système sur la motivation des ordonnances (ou des arrêts) prescrivant la détention, ainsi que sur l'efficacité des voies de recours contre le refus de mise en liberté »³⁸¹⁵. Mais, à l'époque, aucune disposition de la loi n'exige que lorsque la détention provisoire est ordonnée ou maintenue, le juge constate, en termes exprès, l'insuffisance des obligations du contrôle judiciaire au regard des fonctions définies à l'article 137 du C.P.P. Le seul fait que le juge prescrive ou maintienne cette mesure établit nécessairement qu'il a estimé insuffisantes, dans le cas particulier, ces obligations³⁸¹⁶. La loi du 30 décembre 1996 a renforcé la nécessité de motiver la privation de liberté, en imposant, cette fois, aux juges d'énoncer les considérations de droit et de fait sur le caractère insuffisant du contrôle judiciaire³⁸¹⁷. Cette exigence nouvelle a fait l'objet d'un contrôle assez strict de la Cour de cassation³⁸¹⁸. Avec la loi du 15 juin 2000, ayant confié le placement

2004, jurispr., p. 74, obs. C. G. ; Procédures, 2004, comm. n°37, note J. BUISSON ; Cass. crim., 4 mars 2009, Procédures, 2009, comm. n°243, note J. BUISSON. Sur la non prise en compte de la durée de détention accomplie antérieurement à la révocation du contrôle judiciaire, V. Cass. crim., 2 déc. 2003, Bull. crim., n°229 ; Cass. crim., 4 mars 2009, préc.

³⁸¹² V. CEDH, 13 mars 2007, *Castravet / Moldavie*, n°23393/05 (en anglais) ; CEDH, 31 mai 2005, *Dumont-Maliverg / France*, préc. ; CEDH, 12 mai 2009, *Tanase / Roumanie*, n°5269/02, §95 à 98 ; CEDH, 13 oct. 2009, *Sagnak / Turquie*, n°45465/04, §31 ; R.I.D.P., 2010, p. 331, n°15, obs. L. MORTET. Toutefois, la Cour a considéré, s'agissant du titre même de la détention, que seul un vice de forme manifeste du droit national entraîne un constat de violation de l'article 5 §1 de la Convention. Elle a jugé qu'une motivation insuffisante du titre de détention (les faits n'étaient pas assez détaillés) n'entre pas dans cette catégorie, reprenant les distinctions opérées par les juridictions internes : CEDH (Gr. ch.), 9 juill. 2009, *Mooren / Allemagne*, n°11364/03, not. §83 à 89 et §94, 97 et 98 ; R.I.D.P., 2009, p. 614, n°6, obs. L. MORTET.

³⁸¹³ CEDH, 1^{er} juill. 2008, *Calmanovici / Roumanie*, préc., §99 ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2009, , chron. préc., spéc. n°16.

³⁸¹⁴ CEDH, 1^{er} juill. 2008, préc., §98 et 101. Selon le professeur DREYER, « les juridictions françaises auraient intérêt à s'inspirer de ce raisonnement en deux temps ». V. aussi, CEDH, 29 oct. 2009, *Shuvaev / Grèce*, n°8249/07, §55 ; R.I.D.P., 2010, p. 332, n°15, obs. L. MORTET. Les autorités doivent étudier l'opportunité de prononcer des alternatives à la détention, lorsqu'elles la prolongent, notamment pour des infractions légères, en l'occurrence des ventes de drogues douces en petite quantité ; CEDH, 1^{er} juill. 2014, *Simon / Roumanie*, n°34945/06, §41 ; CEDH, 15 juill. 2014, *Ninescu / République de Moldova*, n°47306/07, §66 à 70.

³⁸¹⁵ M. LAROCQUE, Le contrôle juridictionnel (...), *op. cit.*, p. 151, ajoutant avec pragmatisme que « l'expérience nous enseigne, malheureusement, que les formules les plus soigneusement étudiées dégénèrent vite en ces clauses de style, mécaniquement reproduites qui, vidées peu à peu de toute signification, ont conduit à l'échec des réformes précédentes ».

³⁸¹⁶ Cass. crim., 21 août 1971, Bull. crim., n°248 ; J.C.P., 1971 II, 16945 (1^{ère} espèce), note J. ROBERT ; Cass. crim., 3 juin 1975, Bull. crim., n°141.

³⁸¹⁷ Cette loi a aussi limité la motivation fondée sur la préservation de l'ordre public en exigeant « un trouble exceptionnel et persistant ».

³⁸¹⁸ V. Cass. crim., 16 juill. 1997, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°114, note J. BUISSON ; Cass. crim., 24 sept. 1997, Dr. pénal, 1998, comm. n°13, note A. MARON ; Cass. crim., 25 mars 1998, Procédures, 1998, comm. n°203, note J. BUISSON ; Cass. crim., 18 juin 1998, Dr. pénal, 1999, chron. n°3 par C. MARSAT. V. J.-P. DINTILHAC, Le contrôle de la détention provisoire par la Cour de cassation au regard des dispositions de la loi du 30 décembre 1996, R.P.D.P., 1998, p. 115 et s., spéc. p. 118 à 120 et les arrêts cités. En revanche, la motivation par l'insuffisance des obligations du contrôle judiciaire

en détention provisoire au juge des libertés et de la détention et non plus au juge d'instruction, l'insuffisance des obligations du contrôle judiciaire doit entrer dans la motivation de toutes les mesures relatives à la détention, qu'il s'agisse du placement, de la prolongation de celle-ci ou du rejet d'une demande de mise en liberté³⁸¹⁹.

773. Ce renforcement continu de la motivation de la détention provisoire poursuit sans cesse le même objectif. Il vise à rendre la mesure « plus rare » et « plus courte »³⁸²⁰. Dans cette optique, l'article 145-3 du C.P.P. exige une surmotivation pour les incarcérations dépassant une certaine durée³⁸²¹. L'abrogation du critère de l'ordre public en matière correctionnelle par la loi du 5 mars 2007 procède encore de cette volonté. Ce qui frappe à la lecture des arrêts de la chambre criminelle, c'est qu'elle attend des juges du fond qu'ils indiquent expressément que les objectifs fixés par les textes ne peuvent être atteints par un contrôle judiciaire, mais uniquement par le placement ou la prolongation de la détention³⁸²². Sa motivation doit être davantage détaillée depuis le vote de la loi du 24 novembre 2009 qui a, de nouveau, modifié les articles 137 et 144 du C.P.P.³⁸²³ et consacré l'assignation à résidence avec surveillance électronique. Jusqu'à l'adoption du décret du 1^{er} avril 2010, la subsidiarité de la détention provisoire par rapport à cette nouvelle mesure n'a pas à être précisée par les juges dans leurs décisions³⁸²⁴. Il en va différemment depuis cette date. Pour ordonner ou prolonger la privation de liberté du mis en examen, ceux-ci ont l'obligation de s'expliquer, par des considérations de droit et de

n'est pas requise pour les décisions rejetant une demande de mise en liberté : Cass. crim., 22 juill. 1997 et Cass. crim., 2 sept. 1997, Procédures, 1998, comm. n°18, note J. BUISSON ; Cass. crim., 13 sept. 2000, Procédures, 2001, comm. n°44, note J. BUISSON.

³⁸¹⁹ Art. 137-3 du C.P.P. L'exigence de motivation spéciale sur le caractère insuffisant des obligations du contrôle judiciaire cesse d'être applicable lorsque le juge d'instruction a renvoyé la personne poursuivie devant la juridiction de jugement : Cass. crim., 6 mai 2002, Procédures, 2002, comm. n°172, note J. BUISSON.

³⁸²⁰ Termes empruntés à G. TAORMINA, *in* Réflexions sur la détention provisoire des majeurs, R.P.D.P., 2001, p. 64 et s., spéc. p. 70 et 82, ajoutant, p. 90, et « moins attentatoire à la dignité humaine ».

³⁸²¹ Cass. crim., 30 sept. 1997, Dr. pénal, 1998, comm. n°59, note A. MARON ; Cass. crim., 17 fév. 1998, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°130, note J. BUISSON ; Cass. crim., 10 fév. 1999, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°135, note J. BUISSON ; Cass. crim., 10 mai 2001, Procédures, 2001, comm. n°182, note J. BUISSON ; Dr. pénal, 2002, chron. n°18 par C. MARSAT ; Cass. crim., 24 oct. 2005, A.J. pénal, 2005, jurisp., p. 456, obs. C. S. E.

³⁸²² Notamment depuis la modification de l'article 144 du C.P.P. par la loi du 5 mars 2007, qui a généralisé l'exigence de double motivation à toute décision concernant la détention provisoire : V. Cass. crim., 26 fév. 2008, Bull. crim., n°50 ; Cass. crim., 18 juin 2008, Bull. crim., n°157, préc. ; D. GUERIN, Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2009, chron. préc., spéc. n°28 ; Cass. crim., 16 fév. 2010, Bull. crim., n°28 ; D., 2010, p. 711, obs. M. LENA ; A.J. pénal, 2010, jurisp., p. 248, obs. L. ASCENSI ; Procédures, 2010, comm. n°148, obs. J. BUISSON. Pour des prolongations de la mesure, V. Cass. crim., 2 mai 2007, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 329, obs. C. GIRAULT ; Cass. crim., 12 fév. 2008, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 245, obs. E. A. ; Cass. crim., 2 sept. 2009, Dr. pénal, 2009, comm. n°145 (2 espèces), note A. MARON et M. HAAS ; D., 2009, p. 2348, obs. M. LENA ; A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 501, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE (cassation, car la prolongation était motivée par l'encombrement du rôle de la cour d'assises) ; Cass. crim., 12 nov. 2009, Procédures, 2010, comm. n°87, obs. J. BUISSON.

³⁸²³ Ce texte est inapplicable au placement ou au maintien en détention ordonné à l'issue d'une comparution immédiate (art. 397-4 du C.P.P.). L'incarcération ne se fonde pas, dans ce cas, sur l'insuffisance du contrôle judiciaire : Cass. crim., 13 avril 2010, Bull. crim., n°65 ; A.J. pénal, 2010, jurisp., p. 450, obs. G. ROUSSEL.

³⁸²⁴ Avant l'adoption de ce décret, la Cour de cassation a estimé que le placement sous surveillance électronique demeure une simple modalité du contrôle judiciaire. Aussi a-t-elle jugé satisfaisante la motivation des décisions de chambres de l'instruction s'étant expliquées sur l'insuffisance du seul contrôle judiciaire : Cass. crim., 7 avril 2010, Bull. crim., n°60, préc. ; Cass. crim., 8 avril 2010, Bull. crim., n°61, préc.

fait, sur l'insuffisance du contrôle judiciaire, mais aussi de l'assignation à résidence avec surveillance électronique³⁸²⁵.

774. Exiger des juges, chargés de se prononcer sur la détention provisoire, de justifier le recours à cette mesure en exposant les raisons pour lesquelles le contrôle judiciaire et l'assignation à résidence leur apparaissent insuffisants, au regard des circonstances propres à chaque espèce, constitue un progrès pour la protection de la liberté individuelle. La motivation s'avère essentielle en la matière, compte tenu de l'intensité de l'acte coercitif. Elle permet de vérifier sa nécessité et l'absence d'arbitraire. Sous l'influence de la Cour de Strasbourg³⁸²⁶, le droit interne évolue de façon satisfaisante de ce point de vue. Les juges sont tenus de mieux motiver cette privation de liberté, qui doit conserver un caractère exceptionnel. Une telle exigence, somme toute logique, montre que plus l'acte est coercitif, plus il faut le motiver. L'intensification de la coercition accroît encore le formalisme légal. Garanties fondamentales pour le justiciable, ces exigences spéciales encadrent l'exécution de l'acte coercitif. Les autorités publiques doivent donc se garder de leur porter atteinte. Elles doivent s'abstenir d'entamer d'autres exigences spéciales inhérentes à cet acte.

§2 – Soumission de l'acte coercitif à la présomption d'innocence et aux droits de la défense

775. Ayant pour but de protéger « des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »³⁸²⁷, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales tend à organiser « le combat judiciaire (et l'égalité des "armes") pris en lui-même et pour lui-même, et non en fonction de ses résultats »³⁸²⁸. Le respect de la présomption d'innocence³⁸²⁹ et des droits de la défense³⁸³⁰ se situe au cœur du procès équitable, tel que posé par l'article 6 de la Convention³⁸³¹.

³⁸²⁵ Le nombre de cassations prononcées témoigne de la vigilance dont fait preuve la chambre criminelle sur ce point : Cass. crim., 18 août 2010, Bull. crim., n°123 ; D., 2010, act., p. 2002 ; Cass. crim., 18 août 2010, Bull. crim., n°124 ; Procédures, 2010, comm. n°381, note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Cass. crim., 12 oct. 2010, Bull. crim., n°155, préc. ; Cass. crim., 13 oct. 2010, Bull. crim., n°161, préc. Pour un exemple où les juges du fond ont correctement justifié la prolongation de la détention : V. CA Nîmes (ch. instr.), 2 juill. 2013, *in* Cass. crim., 8 oct. 2013, Bull. crim., n°189. La chambre de l'instruction précise, de façon quelque peu exagérée, qu'en l'état « ni le contrôle judiciaire ni l'assignation à domicile avec surveillance électronique ne peuvent empêcher ces risques de pression sur les témoins et les victimes **s'agissant de mesures** qui laissent intacts tous les moyens de communication possible – **qui sont totalement dépourvues de réel caractère coercitif** – ; qu'ainsi il est démontré que la détention provisoire constitue l'unique moyen de parvenir aux objectifs suivants et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique ».

³⁸²⁶ Par ex., CEDH, 1^{er} juill. 2008, *Calmanovici / Roumanie*, préc. ; CEDH, 1^{er} juill. 2014, *Simon / Roumanie*, préc.

³⁸²⁷ CEDH, 9 oct. 1979, *Airey / Irlande*, n°6289/73, §24 ; CEDH, 13 mai 1980, *Artico / Italie*, n°6694/74, §33.

³⁸²⁸ P. CONTE, La loyauté de la preuve (...), *op. cit.*, spéc. n°3. Le déroulement du procès est privilégié par rapport à ses finalités : « quitte à grossir le trait, l'important est de bien juger, et peu importe le vainqueur, aurait-il tort ».

³⁸²⁹ Art. 6 §2 de la Convention ; CEDH, 23 avril 1998, *Bernard / France*, n°159/1996/778/979, §37 ; J.C.P., 1999, I, 105, n°37, obs. F. SUDRE : « La présomption d'innocence consacrée par le paragraphe 2 de l'article 6 figure parmi les éléments du procès pénal équitable exigé par le paragraphe 1 ».

³⁸³⁰ Art. 6 §3 de la Convention.

³⁸³¹ A cet égard, D. SZYMCZAK, La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national, Bruylant, 2006, n°670, p. 574.

Assurément liées³⁸³², ces garanties essentielles s'imposent aux autorités publiques lorsqu'elles exécutent un acte coercitif. Aussi apparaît-il nécessaire de mettre cet acte à l'épreuve de celles-ci. Il faut vérifier qu'il les observe, car elles ont vocation à s'appliquer aux « phases qui se déroulent avant la procédure de jugement »³⁸³³. Toutes deux protectrices des libertés individuelles, ces exigences s'appliquent pourtant de manière distincte à l'acte coercitif. Sa soumission à la présomption d'innocence s'avère significative (A), tandis que sa soumission aux droits de la défense semble incomplète (B).

A – Une soumission significative à la présomption d'innocence

776. Si l'acte coercitif obéit de manière importante à ce principe cardinal³⁸³⁴, sa soumission n'est pas complète. La qualifier de la sorte serait excessif. Cela ne correspondrait pas à la réalité juridique. A la différence de l'innocent soupçonné de rien, le présumé innocent fait l'objet de soupçons³⁸³⁵. La présomption d'innocence vise justement à le protéger. Statut procédural réglant la charge de la preuve, il s'agit en plus d'un droit substantiel de ne pas être présenté publiquement comme coupable³⁸³⁶. Celle-ci ne s'applique pas aux personnes non suspectées d'avoir commis ou tenté de commettre une infraction. Il n'empêche que des actes coercitifs peuvent être accomplis à leur encontre. Les comparutions forcées, les écoutes téléphoniques ou les perquisitions le prouvent³⁸³⁷. L'acte coercitif n'a donc pas toujours vocation à être assujéti à cette garantie. Si tel était le cas, elle relèverait d'ailleurs de ses exigences générales, non de ses exigences spéciales. Par chance pour les libertés individuelles, la soumission de cet acte à la présomption d'innocence reste significative. Ce principe limite et encadre son exécution en imposant au préalable une suspicion (1°), puis en prohibant la violation du droit de ne pas s'auto-incriminer (2°).

³⁸³² Il semble logique de lier l'étude de la présomption d'innocence et des droits de la défense. Dans son article 48, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 lie justement ces deux principes.

³⁸³³ CEDH, 24 nov. 1993, *Imbrioscia / Suisse*, n°13972/88, §36 ; J.C.P., 1994, I, 3742, n°21, obs. F. SUDRE : « D'autres exigences de l'article 6, et notamment de son paragraphe 3, peuvent elles aussi jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès ».

³⁸³⁴ De valeur constitutionnelle (art. 9 de la Déclaration de 1789 ; C.C., 19-20 janv. 1981, n°80-127 DC, préc., cons. 33 ; C.C., 8 juill. 1989, n°89-258 DC, *Loi portant amnistie*, Rec., p. 48, cons. 10 ; J.C.P., 1990, II, 21409, note C. FRANCK, avec référence explicite à l'article 9 de la Déclaration de 1789 cette fois ; C.C., 10 juin 2009, n°2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, J.O. du 13 juin 2009, p. 9675, cons. 17), une valeur internationale (art. 14-2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; art. 6 §2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme ; art. 48 §1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) et une valeur législative (art. prélim., III, du C.P.P. ; art. 9-1 du C. civ.).

³⁸³⁵ P. CONTE, Pour en finir avec une présentation caricaturale de la présomption d'innocence, *Gaz. pal.*, 3 juin 1995, tribune libre, p. 21 et s., not. n°4, p. 22.

³⁸³⁶ F. FOURMENT, *Procédure pénale*, Larcier, Paradigme, 14^{ème} éd., 2013, n°59 et s. ; V. aussi, C. MICHALSKI, La mise en cause d'autrui, *A.J. pénal*, 2007, dossier, p. 10 et s. ; H. HENRION, La nature juridique de la présomption d'innocence. Comparaison franco-allemande, Publications de la faculté de droit de Montpellier, Thèses, 2006, préf. C. LAZERGES et H. JUNG.

³⁸³⁷ Art. 78, modifié par la loi n°2011-392 du 14 avril 2011, et art. 109, al. 3 du C.P.P., pour les comparutions forcées ; Art. 100 et s. du C.P.P., pour les interceptions téléphoniques ; Art. 96 du C.P.P., pour les perquisitions. Ces textes ne subordonnent pas la réalisation des actes coercitifs à la suspicion d'une personne.

1°- Le préalable de la suspicion

777. Applicable à tous les stades du procès pénal *lato sensu*³⁸³⁸, la présomption d'innocence constitue une garantie fondamentale pour le suspect au sens large. C'est parce qu'un individu est suspecté, qu'il se voit offrir cette protection. Il y a là une sorte de règle d'accessoire aux conséquences importantes. Les autorités publiques peuvent accomplir des actes coercitifs, telles l'arrestation et la mise en garde à vue. Elles peuvent affecter les libertés individuelles. Mais tant que la culpabilité du justiciable n'a pas été légalement établie, il ne doit pas être présenté comme coupable³⁸³⁹. Il demeure proscrit de le considérer ainsi de manière officielle³⁸⁴⁰. Cette interdiction s'adresse en particulier aux magistrats³⁸⁴¹, au ministre de l'Intérieur et aux autorités policières³⁸⁴², ainsi qu'aux médias bien sûr³⁸⁴³. Subir un acte coercitif n'autorise pas à être désigné comme le coupable de l'infraction³⁸⁴⁴. C'est pour protéger la réputation et la dignité des individus mis en cause que le port des menottes (mains) et entraves (pieds) est réservé à ceux qui apparaissent dangereux pour autrui ou pour eux-mêmes ou susceptibles de prendre la fuite³⁸⁴⁵.

778. Celle-ci possède un intérêt supérieur sur le plan procédural, puisqu'elle a pour effet de désigner la personne sur laquelle pèse la charge de la preuve, c'est-à-dire le parquet et/ou la partie civile. La personne « accusée » (au sens européen du terme) d'une infraction se trouve dans une « position neutre : ni innocent prouvé, ni coupable avéré ; et il est normal que pèse sur l'auteur de l'allégation la charge de prouver ce qu'il avance, bref, de prendre l'initiative et d'apporter les éléments

³⁸³⁸ De l'interpellation jusqu'à la décision de condamnation définitive, passée en force de chose jugée. La présomption d'innocence s'applique devant la juridiction de jugement. V. R. LEGEAIS, La présomption d'innocence et les juridictions de jugement. Etude comparée du droit français et du droit anglais, Mélanges R. LEGEAIS, Cujas, 2003, p. 345 et s.

³⁸³⁹ Ce droit est pourtant souvent méconnu. Les arrêts rendus par le juge européen et le juge de cassation en témoignent : V. CEDH, 4 mars 2008, *Samoila et Cionca / Roumanie*, n°33065/03 et CEDH, 25 mars 2008, *Vitan / Roumanie*, n°42084/02 ; R.I.D.P., 2008, p. 221, obs. F. FOURMENT ; CEDH, 30 mars 2010, *Poncelet / Belgique*, n°44418/07 ; R.I.D.P., 2010, p. 344, n°36, obs. X. RAUCH ; Cass. Ass. plén., 21 déc. 2006, D., 2007, Notes, p. 835, note P. MORVAN.

³⁸⁴⁰ Car « l'impartialité de la décision judiciaire de culpabilité serait mise en doute » sinon : R. BADINTER, La présomption d'innocence, histoire et modernité, Etudes offertes à P. CATALA, Litec, 2001, p. 133 et s., spéc. p. 145. V. CEDH, 6 déc. 1988, *Barberà, Messegué et Jabardo / Espagne*, n°10590/83, §77.

³⁸⁴¹ CEDH, 25 mars 1983, *Minelli / Suisse*, n°8660/79, §37. L'atteinte aux droits à la présomption d'innocence et à l'oubli pouvant résulter de l'enregistrement des débats et de leur conservation dans les archives nationales est justifiée par la loi sur le fondement de laquelle la décision critiquée a été prise : Cass. crim., 17 fév. 2009, Bull. crim., n°40 ; Rev. sc. crim., 2009, p. 924, obs. J.-F. RÉNUCCI (affaire « AZF »).

³⁸⁴² CEDH, 10 fév. 1995, *Allenet de Ribemont / France*, n°15175/89, not. §36 à 41 ; J.C.P., 1996, I, 3910, n°27, obs. F. SUDRE ; Rev. sc. crim., 1996, p. 485, obs. R. KOERING-JOULIN ; CEDH, 28 oct. 2004, *Y.B. et autres / Turquie*, n°48173/99 et 48319/99, §43 à 51.

³⁸⁴³ V. par ex., TGI Paris, 16^{ème} ch. corr., 16 janv. 1998 (4 jugements), Dr. pénal, 1998, chron. n°9 par V. LESCLOUS et C. MARSAT. La Cour européenne a fait primer le droit à la présomption d'innocence sur la liberté d'expression : V. CEDH, 6 avril 2010, *Ruokanen / Finlande*, n°45130/06. Plus largement, F. BUSSY, Justice et médias, D., 2010, chron., p. 2526 et s.

³⁸⁴⁴ Notamment dans les arrêts rendus par les juges du fond, qu'ils concernent la détention provisoire ou le fond de l'affaire : W. JEANDIDIER, La présomption d'innocence ou le poids des mots, Rev. sc. crim., 1991, p. 49 et s. ; V. par ex., pour une motivation maladroite, semblant davantage préjuger de la culpabilité du mis en examen que d'énoncer l'existence d'indices réunis à son encontre : Cass. crim., 18 sept. 1997, Bull. crim., n°304.

³⁸⁴⁵ Art. 803, al. 1 du C.P.P. L'alinéa suivant tend également à cette protection (prendre toutes mesures utiles pour « éviter qu'une personne menottée ou entravée soit photographiée ou fasse l'objet d'un enregistrement audiovisuel »).

propres à appuyer ses dires et à faire disparaître la situation de neutralité du défendeur »³⁸⁴⁶. Cet état intermédiaire entre l'innocence et la culpabilité n'empêche pas l'adoption d'actes coercitifs avant jugement³⁸⁴⁷. La présomption d'innocence « n'impose pas un respect tel qu'il soit interdit de la mettre en question »³⁸⁴⁸. La fermeture d'établissement, la garde à vue, le contrôle judiciaire ou la détention provisoire serait prohibé autrement. Ce principe ne saurait donc mettre obstacle à l'exécution des mesures nécessaires à la poursuite des infractions et à la recherche de leurs auteurs³⁸⁴⁹. D'un point de vue juridique, les actes coercitifs apparaissent compatibles avec celui-ci, ils ne le contredisent pas³⁸⁵⁰. Le Conseil constitutionnel l'a justement admis³⁸⁵¹.

779. Il est dès lors classique de voir dans la présomption d'innocence une fiction, notamment lorsque le mis en examen est astreint à une mesure restrictive ou privative de liberté dans l'attente de son jugement³⁸⁵². D'aucuns ont même parfois préconisé sa suppression³⁸⁵³. Il a surtout été soutenu, de longue date, qu'« il ne devrait pas y avoir, tant que le procès pénal est en cours, de préjugé sur la culpabilité ou la *non-culpabilité* de l'inculpé : ni de présomption d'innocence (...), ni (...) de présomption de délinquance (...). Ni l'une ni l'autre présomption, mais une condition juridique *neutre* d'inculpé, un statut de l'inculpé, statut protecteur à la fois pour lui et pour la société, constitué d'avantages et d'inconvénients, de prérogatives et de déchéances, mis en mouvement *cognita causa* par un organe compétent de l'Etat »³⁸⁵⁴. Quoique souvent discutée³⁸⁵⁵, la présomption d'innocence conserve une fonction primordiale. Elle permet de limiter le recours aux actes attentatoires à la liberté individuelle. Elle possède, en d'autres termes, un lien étroit avec la protection du droit à la sûreté³⁸⁵⁶.

³⁸⁴⁶ R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, n°143.

³⁸⁴⁷ C. LAZERGES, La présomption d'innocence en Europe, *Arch. pol. crim.*, 2004, n°26, Pedone, p. 127 et s., spéc. p. 135 ; R. KOERING-JOULIN, La présomption d'innocence, un droit fondamental ?, *in* La présomption d'innocence en droit comparé, Société de législation comparée, 1998, p. 19 et s., spéc. p. 25 et 26.

³⁸⁴⁸ C. LOMBOIS, La présomption d'innocence, *Pouvoirs*, 1990, n°55, p. 81 et s., spéc. p. 89.

³⁸⁴⁹ C'est ce qu'a implicitement décidé le Conseil d'Etat, après avoir qualifié cette présomption de « liberté fondamentale » : V. CE, ord., 14 mars 2005, n°278435, *Bruno G.*, *Dr. pénal*, 2005, comm. n°84, note A. MARON.

³⁸⁵⁰ Art. prélim., III du C.P.P. ; Cass. crim., 17 janv. 2001, *Dr. pénal*, 2001, chron. n°27 par C. MARSAT. Invoquer l'existence d'indices contre une personne mise en examen, justifiant son placement sous contrôle judiciaire, ne constitue pas une violation de la présomption d'innocence ; V. aussi, Cass. crim., 18 sept. 1997, préc.

³⁸⁵¹ C.C., 29 août 2002, n°2002-461 DC, préc., cons. 66 ; C.C., 13 mars 2003, n°2003-467 DC, préc., cons. 49, où le Conseil, après avoir jugé que la contrainte à laquelle est soumise la personne concernée reste proportionnée, affirme que l'examen médical et le prélèvement sanguin – constitutifs d'actes coercitifs – « ne portent atteinte ni aux droits de la défense, ni aux exigences du procès équitable, ni à la présomption d'innocence ».

³⁸⁵² V. R. MERLE, L'inculpation, *Mélanges L. HUGUENEY*, Sirey, 1964, p. 111 et s., n°1, p. 111 ; J. LE CALVEZ, L'inculpation et la présomption d'innocence, *Gaz. pal.*, 1987, chron., p. 681 et s., not. p. 682 ; J.-R. FARTHOAT, La présomption d'innocence, *Justices*, 1998, n°2, p. 53 et s., spéc. p. 54 et 55 ; J. SYGUT, La présomption d'innocence (...), *op. cit.*, n°497 et s., p. 207 et s. *Adde.* C. SAMET, La présomption d'innocence, *R.P.D.P.*, 2001, p. 13 et s., spéc. p. 18.

³⁸⁵³ J.-J. MINET, En finir avec la présomption d'innocence, *Gaz. pal.*, 1994, libres propos, p. 1366. *Contra*, J.-R. FARTHOAT, *op. cit.*, p. 56, car « si faible, malade, chétive qu'elle soit, elle constitue un rempart contre l'inversion de la charge de la preuve ».

³⁸⁵⁴ J. CARBONNIER, *Instruction criminelle et liberté individuelle. Etude critique de la législation française*, éd. E. DE BOCCARD, Paris, 1939, fasc. I, p. 42 et 43.

³⁸⁵⁵ V. encore, C. LOMBOIS, *op. cit.*, p. 90 et 91.

³⁸⁵⁶ Ce lien apparaît précisément dans l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Sur ce lien, C. LAZERGES, *op. cit.*, spéc. p. 135 à 138 ; C. LAZERGES, La présomption d'innocence, *in* *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 20^{ème} éd., 2014, R. CABRILLAC (dir.), p. 611 et s., not. n°774, p. 612, notant que « si tout homme est présumé innocent, c'est en vertu de son droit à la sûreté ».

780. C'est parce qu'elle existe, en droit positif, que les actes coercitifs dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet, doivent être limités aux strictes nécessités de la procédure, proportionnés à la gravité de l'infraction et autorisés ou contrôlés par l'autorité judiciaire. La détention provisoire doit demeurer exceptionnelle en raison de sa méconnaissance du principe de liberté applicable au cours de l'information³⁸⁵⁷ et compte tenu de l'atteinte qu'elle cause à la présomption d'innocence. La Cour interaméricaine des droits de l'homme l'a affirmée sans ambages dans un arrêt rendu en 2004³⁸⁵⁸. Le juge européen souligne, lui, l'importance de celle-ci lors de son appréciation sur le caractère raisonnable de la détention provisoire³⁸⁵⁹. Garantie fondamentale pour les justiciables, la présomption d'innocence subsiste, en résumé, malgré l'exécution des actes coercitifs³⁸⁶⁰. L'arrestation, la garde à vue, le contrôle judiciaire et surtout la détention provisoire l'égratignent néanmoins quelque peu³⁸⁶¹.

781. En réalité, l'exécution de ces mesures coercitives reste subordonnée à l'existence d'indices ou de soupçons à l'encontre des personnes. Afin de contrôler l'identité d'un individu, il faut, par exemple, une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis ou tenté de commettre une infraction³⁸⁶². Il doit s'agir d'un crime ou d'un délit flagrant pour procéder à la visite de son véhicule³⁸⁶³. Le placement en garde à vue repose sur ce même motif³⁸⁶⁴. Quant au contrôle judiciaire, l'assignation à résidence avec surveillance électronique et la détention provisoire, ils supposent, au préalable, la mise en examen, qui nécessite « des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles (les personnes) aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il (le juge d'instruction) est saisi »³⁸⁶⁵.

³⁸⁵⁷ Art. 137 du C.P.P.

³⁸⁵⁸ CIADH, 2 sept. 2004, *Caso « Instituto de Reeducacion del Menor » / Paraguay*, Série C, n°112, §228, citée par L. HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruylant, 2007, préf. A. A. CANCADO TRINDADE, n°569, p. 483. La Cour a jugé que « la détention préventive est la mesure la plus sévère applicable à une personne soupçonnée d'avoir commis un délit. Elle est en outre limitée par le respect du principe de la présomption d'innocence ainsi que par les exigences des principes de nécessité et de proportionnalité indispensables dans une société démocratique. Pour ces raisons, son application doit être exceptionnelle ».

³⁸⁵⁹ Et ce, systématiquement : V. par ex., CEDH, 9 nov. 1999, *Debboub alias Hussein Ali / France*, n°37786/97, §39 ; R.D.P., 2000, p. 707, obs. D. THOMAS ; CEDH, 20 mars 2001, *Bouchet / France*, n°33591/96, §39 ; CEDH, 26 sept. 2006, *Gérard Bernard / France*, préc., §37 ; CEDH, 29 oct. 2009, *Paradysz / France*, n°17020/05, §65. Il incombe ainsi aux autorités judiciaires nationales « d'examiner toutes les circonstances de nature à révéler ou écarter l'existence d'une véritable exigence d'intérêt public justifiant, eu égard à la présomption d'innocence, une exception à la règle du respect de la liberté individuelle et d'en rendre compte dans leurs décisions relatives aux demandes d'élargissement ».

³⁸⁶⁰ Dans le même sens : S. DETRAZ, *La prétendue présomption d'innocence*, Dr. pénal, 2004, chron. n°3, n°17.

³⁸⁶¹ Sur cette présentation classique, M.-J. ESSAID, *La présomption d'innocence*, Thèse, 1969, Rabat, éd. La Porte, 1971, préf. G. STEFANI, n°551, p. 323 et 324, n°604, p. 352, n°625 et s., p. 363 et s. ; C. BAKAS, *Les principes directeurs du procès pénal au regard de l'intérêt de la personne poursuivie*, Thèse, Paris II, 2 tomes, 1982, n°41, p. 39 et 40 et n°54, p. 50.

³⁸⁶² Art. 78-2, al. 1 du C.P.P.

³⁸⁶³ Art. 78-2-3 du C.P.P., celui-ci ou le passager pouvant être soupçonné comme auteur ou complice.

³⁸⁶⁴ Art. 62-2, 77 et 154 du C.P.P. ; V. en outre, l'article 70 du C.P.P., pour le mandat de recherche délivré par le procureur de la République.

³⁸⁶⁵ Art. 80-1 du C.P.P.

782. Ces raisons plausibles de soupçonner, ces indices et ces charges ont trait à la culpabilité des intéressés, envisagée comme une simple possibilité à ce stade³⁸⁶⁶. Malgré la présomption d'innocence, leur existence légitime le recours aux actes coercitifs³⁸⁶⁷, si ceux-ci s'avèrent de surcroît nécessaires. Les décisions de placement, de prolongation ou de maintien en détention provisoire doivent être motivées sur ce point. Il convient d'expliquer à la personne qui nie les faits, quels sont les indices ou les charges réunies à son encontre³⁸⁶⁸. Ces éléments constitutifs du soupçon doivent apparaître dans les actes juridictionnels. Pour justifier des actes coercitifs aussi graves, il est indispensable que les indices atteignent un certain degré et que la mesure se révèle adéquate³⁸⁶⁹. La présomption d'innocence forme dès lors une garantie considérable pour les justiciables. En exigeant des autorités publiques qu'elles caractérisent l'existence d'indices réels (*lato sensu*), elle les préserve d'une coercition abusive ou injustifiée³⁸⁷⁰. Ce n'est qu'à ces conditions qu'elle peut être affectée – et non pas anéantie – par la détention provisoire³⁸⁷¹. Compatible avec ce principe, pris dans cette acception³⁸⁷², l'acte coercitif lui apparaît bel et bien soumis. Celui-ci doit encore respecter le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

2°- La prohibition de la violation du droit de ne pas s'auto-incriminer

783. D'origine anglo-saxonne³⁸⁷³, le droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination est consacré par l'article 14 §3, g) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966³⁸⁷⁴, alors qu'il n'est pas expressément prévu par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dégagé par la Cour de Strasbourg de

³⁸⁶⁶ Sur ce point, C. GUERY, *Détention provisoire et culpabilité*, D., 2006, point de vue, p. 1556 et s.

³⁸⁶⁷ Rapp., P. CONTE, *op. cit.*, n°5, p. 22 ; V. aussi, A. BRAUNSCHWEIG, *La procédure pénale en droit français*, R.I.D.P., 1993, p. 1089 et s., spéc. p. 1105.

³⁸⁶⁸ V. C. GUERY, *op. cit.*, p. 1556.

³⁸⁶⁹ V. à cet égard, CEDH, 29 oct. 2009, *Paradysz / France*, préc., §70.

³⁸⁷⁰ Rapp., J. PRADEL, *La présomption d'innocence : un colosse aux pieds d'argile ? Droit de la France et droits d'ailleurs*, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 605 et s., spéc. n°8, p. 614.

³⁸⁷¹ V. déjà, en ce sens, J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 39 et 40, évoquant la « neutralisation » de la présomption d'innocence, sans pouvoir « la faire disparaître complètement ». Rapp., C. AMBROISE-CASTEROT, *Présomption d'innocence*, Rép. pén. Dalloz, n°14 à 16.

³⁸⁷² L'expression « présomption d'innocence » présente des inconvénients qui ont été justement dénoncés. « Bien compris, les termes « présumé innocent » devraient obliger, en raison de la largeur des dispositions constitutionnelles et internationales, à traiter réellement l'individu comme innocent tant qu'une décision définitive de culpabilité n'est pas intervenue. Une telle interprétation serait toutefois très malheureuse. En matière de procédure pénale, d'une part, elle empêcherait non pas la recherche de la preuve, mais, pour ce faire, toute coercition sur la personne : l'intéressé passerait ainsi, sans étapes intermédiaires, du statut d'innocent (à l'abri des mesures attentatoires à ses droits) à celui de coupable, toute arrestation, garde à vue, mise sous contrôle judiciaire, détention provisoire étant exclue » : S. DETRAZ, *op. cit.*, n°25, note n°63.

³⁸⁷³ Le droit au silence de l'individu gardé par la police est issu du V^e amendement de la Constitution des Etats-Unis. V. CSEU, 13 juin 1966, *Miranda / Arizona*, 384 U.S. 436, §19 ; Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis, Dalloz, 1^{ère} éd., 2010, n°24, p. 355, note E. ZOLLER.

³⁸⁷⁴ « Toute personne accusée d'une infraction pénale a droit à ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable ». Pour une étude en droit pénal international : M. AYAT, *Le silence prend la parole. La percée du droit de se taire en droit international pénal*, R.P.D.P., 2002, p. 705 et s., not. p. 716 et s.

l'interprétation de l'article 6 §1 de la Convention relatif au droit à un procès équitable³⁸⁷⁵, il se trouve rattaché à l'article 6 §2 garantissant le respect de la présomption d'innocence dans certains arrêts³⁸⁷⁶. Il est vrai que ce droit au silence et de ne pas s'auto-incriminer possède un lien étroit avec celle-ci³⁸⁷⁷. Il reste aussi souvent perçu comme un droit de la défense³⁸⁷⁸. « Puisqu'il est présumé innocent et que la charge de la preuve ne lui incombe pas, le suspect n'est pas tenu par un devoir de collaborer avec les autorités policières ou judiciaires »³⁸⁷⁹. Mieux vaut alors examiner cette garantie au sein de ces développements, plutôt que de l'évoquer de façon succincte lors de l'étude des droits de la défense.

784. Ce droit « protéiforme », comprenant le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation³⁸⁸⁰, en général, et le droit de garder le silence, en particulier, encadre les conditions d'obtention de la preuve d'une infraction³⁸⁸¹. Le but de « ces immunités » est connu : elles « concourent à éviter des erreurs judiciaires et à garantir le résultat voulu par l'article 6, en mettant le prévenu à l'abri d'une coercition abusive de la part des autorités »³⁸⁸². Si le droit de se taire n'interdit pas de prendre en compte le silence du suspect, il proscriit en revanche de le condamner pour ce seul motif³⁸⁸³. S'agissant du droit de ne pas s'auto-incriminer, il suppose que « l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la

³⁸⁷⁵ V. CEDH, 25 fév. 1993, *Funke / France*, préc., §44 ; J.C.P., 1994, I, 3742, n°13, obs. F. SUDRE ; CEDH (Gr. ch.), 8 fév. 1996, *John Murray / Royaume-Uni*, préc., §45 ; CEDH (Gr. ch.), 17 déc. 1996, *Saunders / Royaume-Uni*, préc., §68. Sur ce point, R. KOERING-JOULIN, Introduction générale, in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1996, p. 9 et s., spéc. p. 15.

³⁸⁷⁶ V. CEDH (Gr. ch.), 17 déc. 1996, *Saunders / Royaume-Uni*, préc., §68 ; CEDH, 21 déc. 2000, *Heaney et Mc Guinness / Irlande*, n°34720/97, not. §59 ; J.C.P., 2001, I, 291, n°27, obs. F. SUDRE ; CEDH, 8 avril 2004, *Weh / Autriche*, n°38544/97 (en anglais), §46.

³⁸⁷⁷ V. C.C., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, préc., posant qu'il découle de l'article 9 de la Déclaration de 1789 que « nul n'est tenu de s'accuser » ; C.C., Q.P.C., 26 sept. 2014, n°2014-416, *Association France Nature Environnement*, J.O. du 28 sept. 2014, p. 15791, cons. 15 : « (...) ni le principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser, qui découle de l'article 9 de la Déclaration de 1789, ni aucune autre exigence constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une personne suspectée d'avoir commis une infraction reconnaisse librement sa culpabilité et consente à exécuter une peine ou des mesures de nature à faire cesser l'infraction ou en réparer les conséquences ; (...) les dispositions contestées ne méconnaissent pas la présomption d'innocence ». Les auteurs le soulignent aussi : S. GUINCHARD, *Les métamorphoses (...)*, op. cit., n°1273, p. 1169 ; D. ALLIX, *Le droit à un procès pénal équitable. De l'accusation en matière pénale à l'égalité des armes*, Justices, n°10, 1998, p. 19 et s., spéc. p. 29 ; E. MOLINA, *La liberté de la preuve (...)*, op. cit., n°40, p. 63 et 64 ; C. BAKAS, op. cit., n°69, p. 63.

³⁸⁷⁸ V. P. SALVAGE-GEREST, *Le droit de ne pas s'accuser soi-même et la justice pénale française*, Thèse, Grenoble, 1971, not. n°1, p. 1, n°9, p. 12 et n°48, p. 58 ; C. GINESTET, *Les droits de la défense en procédure pénale*, in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 20^{ème} éd., 2014, R. CABRILLAC (dir.), p. 627 et s., not. n°787 et 788, p. 628 ; F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, op. cit., n°530 et 589 et s.

³⁸⁷⁹ F. DEFFERRARD, *Le suspect (...)*, op. cit., p. 156 ; V. aussi, B. PEREIRA, obs. sur CEDH, 3 mai 2001, *J.B. / Suisse*, n°31827/96, R.P.D.P., 2001, p. 542.

³⁸⁸⁰ La doctrine enseigne que « l'expression la plus juste semble être celle-ci : toute personne – comprenez : tout accusé en matière pénale au sens de l'article 6 de la Conv. EDH – a le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation » : J. LEBLOIS-HAPPE, *Le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation*, Travaux de l'institut de sciences criminelles et de la justice, n°1, Cujas, 2011, J.-C. SAINT-PAU (dir.), p. 295 et s., spéc. p. 297.

³⁸⁸¹ D. ROETS, *Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, A.J. pénal, 2008, p. 119 et s., not. p. 119 et 120. Le droit de garder le silence correspond au droit de se taire, mais aussi au refus de s'exprimer par écrit. Le droit de ne pas s'auto-incriminer ou droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination implique notamment le droit de ne pas produire des documents contre soi-même dans une procédure pénale.

³⁸⁸² CEDH (Gr. ch.), 8 fév. 1996, *John Murray / Royaume-Uni*, préc., §45 ; CEDH, 17 oct. 2006, *Göçmen / Turquie*, n°72000/01, §70.

³⁸⁸³ Sur ce point, V. CEDH (Gr. ch.), 8 fév. 1996, *John Murray / Royaume-Uni*, préc., §47 ; Cass. crim., 1^{er} oct. 2008, Bull. crim., n°201 (cassation).

volonté de l'accusé »³⁸⁸⁴. A première vue, il est possible de penser que l'acte coercitif contredit ce droit fondamental. Il semble incompatible avec lui. Cette impression est trompeuse.

785. En réalité, un tel acte apparaît tout à fait compatible avec ce droit, applicable à tous les types d'infractions, de la plus simple à la plus complexe³⁸⁸⁵. Il ne le contredit absolument pas puisque le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ne « s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs, mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat (par une perquisition et une saisie), les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN »³⁸⁸⁶. Selon le juge européen, la violation du droit de ne pas s'auto-incriminer ne se confond pas avec l'exécution légitime des actes coercitifs. Cette distinction essentielle peut être illustrée. Il n'est, certes, pas permis de contraindre un suspect à remettre aux enquêteurs des documents compromettants. Toutefois, ceux-ci peuvent être obtenus au moyen d'une perquisition³⁸⁸⁷.

786. Nul doute que les investigations coercitives sont autorisées pour recueillir la preuve d'une infraction³⁸⁸⁸. Les perquisitions, prélèvements corporels et enregistrements secrets restent admis car ils n'entraînent aucune méconnaissance du droit de ne pas contribuer à sa propre accusation³⁸⁸⁹. A la différence des pressions exercées sur la volonté du suspect afin qu'il fournisse des informations ou des documents, ils apparaissent conformes à ce droit. Celles-ci s'avèrent prohibées parce qu'elles astreignent l'individu à jouer un rôle actif dans l'administration de la preuve de sa culpabilité. Or il ne doit pas être tenu de collaborer en apportant lui-même des éléments probatoires³⁸⁹⁰. Comme il l'a été

³⁸⁸⁴ CEDH (Gr. ch.), 17 déc. 1996, *Saunders / Royaume-Uni*, préc., §68.

³⁸⁸⁵ CEDH (Gr. ch.), 17 déc. 1996, *Saunders / Royaume-Uni*, préc., §74. *Adde*, CEDH, 21 déc. 2000, *Heaney et Mc Guinness / Irlande*, préc., §55 à 59.

³⁸⁸⁶ CEDH (Gr. ch.), 17 déc. 1996, *Saunders / Royaume-Uni*, préc., §69.

³⁸⁸⁷ V. F. KUTY, L'étendue du droit au silence en procédure pénale, R.P.D.C., 2000, p. 309 et s., not. n°53, p. 331. Dans l'affaire *Funke* (CEDH, 25 fév. 1993, *Funke / France*, préc., §44), « les douanes provoquent la condamnation de M. *Funke* pour obtenir certaines pièces, dont elles supposaient l'existence sans en avoir la certitude. Faute de pouvoir ou vouloir se les procurer par un autre moyen, elles tentèrent de contraindre le requérant à fournir lui-même la preuve d'infractions qu'il aurait commises ». Il y a donc eu violation du droit de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination. Pour des faits très proches, CEDH, 3 mai 2001, *J.B. / Suisse*, n°31827/96 ; J.C.P., 2001, I, 342, n°13, obs. F. SUDRE ; R.P.D.P., 2001, p. 540, obs. B. PEREIRA. V. CEDH, 5 avril 2012, *Chambaz / Suisse*, n°11663/04, §52 et s. ; J.C.P., 2012, 924, n°12, obs. F. SUDRE, à propos d'une procédure fiscale et le prononcé d'amendes en vue de se faire remettre des documents détenus par le requérant relatifs à son patrimoine. Une telle pression contredit le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation.

³⁸⁸⁸ Dans le même sens : J. LEBLOIS-HAPPE, *op. cit.*, p. 309. Quelle efficacité la recherche de la preuve posséderait-elle s'il n'était pas permis de recourir à la coercition à l'encontre des suspects ? Celle-ci serait fortement diminuée.

³⁸⁸⁹ Après l'arrêt *Saunders*, le juge européen l'a rappelé à propos de bandes enregistrées secrètement : CEDH, 25 sept. 2001, *P.G. et J.H. / Royaume-Uni*, n°44787/98, §80 et 81, où elle estime que des « échantillons de voix (...) peuvent être considérés comme similaires à des prélèvements de sang, de cheveux ou d'autres éléments corporels ou objectifs utilisés à des fins d'analyse médico-légale, auxquels le droit de ne pas s'incriminer soi-même ne s'applique pas » ; CEDH (Gr. ch.), 10 mars 2009, *Bykov / Russie*, préc., §99 à 105 (enregistrement secret d'une conversation n'entraînant pas violation de l'article 6 §1). V. aussi, CEDH, 4 oct. 2005, *Shannon / Royaume-Uni*, n°6563/03, §36 ; Rev. sc. crim., 2006, p. 448, obs. F. MASSIAS.

³⁸⁹⁰ V. CEDH, 5 nov. 2002, *Allan / Royaume-Uni*, préc., relevant que les autorités ont usé d'un « subterfuge » pour soutirer des aveux au suspect qui avait choisi de garder le silence lors des interrogatoires de police (§50). L'intéressé « a subi une pression psychologique qui a affaibli le "caractère volontaire" de ce qu'il a prétendument révélé » (§52), ce qui entraîne une

souligné avec beaucoup de justesse, « l'interdiction de la coercition directe en vue d'obtenir des éléments à charge implique plus largement que les mesures de contrainte autorisées pendant la phase préparatoire, notamment le contrôle judiciaire, l'assignation à résidence avec surveillance électronique et la détention provisoire, ne puissent être utilisées pour faire pression sur l'accusé en vue d'obtenir ses aveux. Le refus de collaborer avec les autorités ne devrait pas pouvoir justifier le refus de mainlevée du contrôle judiciaire ou le maintien en détention provisoire »³⁸⁹¹. Il est malheureusement arrivé à la chambre criminelle d'adopter une attitude différente dans certaines espèces³⁸⁹².

787. Il faut faire le départ entre « le recours à la contrainte pour obtenir des déclarations incriminantes, d'une part, et des éléments de preuve "matériels" de nature incriminante, d'autre part »³⁸⁹³. De telles pressions reposent sur un mécanisme de contrainte psychologique. Si la personne refuse de donner aux autorités publiques ce qu'elles exigent, qu'il s'agisse d'aveux, de renseignements, de pièces diverses, etc, elle peut être condamnée au paiement d'amendes³⁸⁹⁴. La contrainte psychologique revêt parfois une forme plus grave. Elle devient inacceptable lorsqu'elle consiste en une menace de violences et de souffrances physiques (torture) au cas où le suspect refuse de divulguer certaines informations³⁸⁹⁵.

violation de l'article 6 §1 de la Convention (§53). Le lien entre le droit de ne pas s'auto-incriminer et le respect de la loyauté est patent dans cet arrêt.

³⁸⁹¹ J. LEBLOIS-HAPPE, *op. cit.*, p. 307.

³⁸⁹² V. par ex., Cass. crim., 14 nov. 2001, Inédit, n°01-86063, refusant de sanctionner la mainlevée partielle d'un contrôle judiciaire, essentiellement parce que l'intéressé n'a pas collaboré à la manifestation de la vérité ; J. LEBLOIS-HAPPE, *op. cit.*, p. 307, note n°60.

³⁸⁹³ CEDH (Gr. ch.), 29 juin 2007, *O'Halloran et Francis / Royaume-Uni*, n°15809/02 et 25624/02, §54 ; J.C.P., 2008, I, 110, n°6, obs. F. SUDRE.

³⁸⁹⁴ Dans l'affaire *Serves*, la Cour européenne n'a cependant retenu aucune violation du droit de ne pas s'auto-incriminer. Elle a jugé que la condamnation du requérant à des amendes pour avoir refusé de prêter serment et de déposer alors qu'il était assigné à comparaître comme témoin devant le juge d'instruction (art. 109 du C.P.P.) ne constitue pas « une coercition de nature à vider de sa substance le droit de celui-ci de ne pas contribuer à sa propre incrimination » : CEDH, 20 oct. 1997, *Serves / France*, n°82/1996/671/893, §47 ; J.C.P., 1998, I, 107, n°23, obs. F. SUDRE. Dans l'affaire *O'Halloran et Francis*, préc., §55 à 63, l'obligation faite au gardien d'un véhicule à moteur de communiquer, sous la menace d'une amende et d'un retrait de permis, l'identité de la personne au volant lors de la commission d'infractions routières a été jugée compatible avec l'article 6 §1. Cette solution discutable – puisqu'il y avait bien ici « coercition directe » (expression peu heureuse employée par la Cour au §57) – a été perçue comme une application de l'adage *de minimis non curat praetor* : C. SAVONET, *Le droit au silence : un droit relatif ?*, R.T.D.H., 2009, p. 763 et s., spéc. p. 771 à 774.

³⁸⁹⁵ CEDH, 30 juin 2008, *Gäfgen / Allemagne*, n°22978/05 ; J.C.P., 2008, I, 167, n°3, obs. F. SUDRE ; R.I.D.P., 2008, p. 471, n°24, obs. C. MENABE ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, *Dr. pénal*, 2009, chron. préc., n°7 et 28. Sur renvoi, CEDH (Gr. ch.), 1^{er} juin 2010, *Gäfgen / Allemagne*, n°22978/05 ; J.C.P., 2010, chron., 859, spéc. n°1, 4 et 16, obs. F. SUDRE ; J.C.P., 2010, act., 701, obs. G. GONZALEZ ; *Rev. sc. crim.*, 2010, p. 678, obs. J.-P. MARGUENAUD ; R.P.D.P., 2010, p. 685, obs. C.-L. POPESCU ; R.I.D.P., 2010, p. 652, n°24, obs. C. MENABE. Bien que l'objectif des policiers était louable, sauver la vie d'un enfant, la Grande chambre rappelle qu'aucune dérogation à l'article 3 n'est possible (§107) et qualifie la méthode d'interrogatoire subie par le requérant de traitement inhumain tout en indiquant qu'il n'a pas eu le niveau de cruauté requis pour atteindre le seuil de la torture (§108). Mais comme la chambre, elle conclut à la non violation de l'article 6 §1 et 3 de la Convention (§187 et 188). Selon elle, « l'équité d'un procès pénal et la sauvegarde effective de l'interdiction absolue énoncée à l'article 3 dans ce contexte ne se trouvent en jeu que s'il est démontré que la violation de l'article 3 a influé sur l'issue de la procédure dirigée contre l'accusé, autrement dit a eu un impact sur le verdict de culpabilité ou la peine » (§178). Elle estime que cela n'a pas été le cas en l'espèce (§180 et s.), que les droits de la défense (§185) et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (§186) ont été respectés. Dans leur opinion partiellement dissidente, les juges ROZAKIS, TULKENS, JEBENS, ZIEMELE, BIANKU et POWER ont fait remarquer que cette affaire fournissait à la Grande chambre « l'occasion de définir la portée précise de la règle d'exclusion relativement à des preuves obtenues grâce à une violation de l'article 3 ». Ils regrettent que la Cour n'ait pas répondu à cette question « de manière catégorique en disant sans équivoque que, quelle que soit la conduite d'un accusé, l'équité, au sens de l'article 6, présume le respect de la prééminence du droit et commande, à l'évidence, d'exclure toute preuve qui aurait été obtenue au mépris de l'article 3 ».

788. Conforme au droit de ne pas s'auto-incriminer, l'acte coercitif voit en outre son intensité limitée par ce droit. Pour déterminer si celui-ci a été méconnu, la Cour de Strasbourg examine « la nature et le degré de la coercition employée pour l'obtention des éléments de preuve »³⁸⁹⁶. C'est dire que l'acte coercitif ne doit pas dépasser un certain degré de contrainte physique pour demeurer compatible avec ce droit. Tout dépassement de ce seuil engendre sa violation comme l'illustre l'affaire *Jalloh*. En l'espèce, un individu suspecté de trafic de stupéfiants s'est vu administrer de force par un médecin un émétique afin de lui faire régurgiter les sachets de drogue qu'il avait avalés lors de son arrestation. Il s'agit d'un traitement inhumain et dégradant³⁸⁹⁷. Cet acte n'appartient donc pas à la catégorie des mesures coercitives décrites dans l'affaire *Saunders*³⁸⁹⁸, lesquelles ne doivent jamais tomber sous le coup de l'article 3 de la Convention.

789. A la lumière de l'arrêt *Jalloh*, si les autorités publiques ont la possibilité d'accomplir des actes coercitifs, c'est parce que « le prévenu doit endurer passivement une atteinte mineure à son intégrité physique »³⁸⁹⁹. L'administration d'un émétique a visé, de son côté, « à recueillir des preuves matérielles au mépris de la volonté du requérant »³⁹⁰⁰, elle « n'était pas dépourvue de risques pour sa santé »³⁹⁰¹ et a « considérablement porté atteinte à son intégrité physique et mentale »³⁹⁰². Plus qu'une différence de degré, il existe une véritable différence de nature entre celle-ci et l'acte coercitif. L'administration de force d'un vomitif, traitement contraire à l'article 3 de la Convention, recèle une contrainte trop importante, voire dangereuse. Mesure très intrusive tendant à obtenir une preuve matérielle à l'intérieur du corps de la personne³⁹⁰³, elle suit un régime distinct de celui applicable à l'acte coercitif. Elle est assujettie au droit de ne pas s'auto-incriminer³⁹⁰⁴, mais, contrairement à cet acte, elle lui porte atteinte³⁹⁰⁵. Le droit de ne pas s'incriminer comprend « le droit de ne pas se soumettre à des interventions constitutives d'atteintes graves à l'intégrité physique et/ou psychique effectuées pour recueillir, dans une procédure pénale, des éléments de preuve »³⁹⁰⁶.

³⁸⁹⁶ CEDH (Gr. ch.), 11 juill. 2006, *Jalloh / Allemagne*, n°54810/00, §117 ; J.C.P., 2007, I, 106, n°1 et 8, obs. F. SUDRE ; CEDH (Gr. ch.), 29 juin 2007, *O'Halloran et Francis / Royaume-Uni*, préc., §55. La Cour examine également « le poids de l'intérêt public à la poursuite de l'infraction en question et à la sanction de son auteur, l'existence de garanties appropriées dans la procédure et l'utilisation faite des éléments ainsi obtenus ».

³⁸⁹⁷ CEDH (Gr. ch.), 11 juill. 2006, *Jalloh / Allemagne*, préc., §104. La qualification de torture a été écartée (§105).

³⁸⁹⁸ §113 (§69 de l'affaire *Saunders*).

³⁸⁹⁹ §114, la Cour donnant pour exemple les prélèvements de sang, de cheveux ou de tissus corporels.

³⁹⁰⁰ §113, où la Cour établit un lien entre cette mesure et celles des affaires *Funke / France* et *J.B. / Suisse*, préc.

³⁹⁰¹ §114, *in fine*.

³⁹⁰² §118. La Cour souligne encore (§115) le contraste frappant entre la méthode employée et celles par lesquelles on prélève de l'haleine ou du sang qui n'entraînent pas, en règle générale, une violation de l'article 3 de la Convention.

³⁹⁰³ Pour une hypothèse bien différente : CEDH, 7 oct. 2008, *Bogumil / Portugal*, n°35228/03 ; R.I.D.P., 2009, p. 351, n°26, obs. C. MICHALSKI. Une intervention chirurgicale avait été pratiquée sur un trafiquant de drogue pour extraire de son estomac un sachet de cocaïne. L'opération était justifiée par une nécessité thérapeutique et non par la volonté de recueillir des éléments de preuve, le requérant risquant de mourir.

³⁹⁰⁴ §116 de l'arrêt.

³⁹⁰⁵ §122 et 123 de l'arrêt. Ainsi la Cour « élargit le champ d'application du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, accordant, semble-t-il, un poids décisif à la nature et au degré de la coercition employée pour l'obtention des éléments de preuve » : F. SUDRE, obs. sur CEDH (Gr. ch.), 11 juill. 2006, J.C.P., 2007, I, 106, not. n°8.

³⁹⁰⁶ D. ROETS, *op. cit.*, p. 119.

790. Ce droit remplit enfin une fonction essentielle au cours de la garde à vue. Il apparaît comme un droit fondamental³⁹⁰⁷, vu qu'il prévient d'éventuels mauvais traitements infligés par les enquêteurs dans leur quête d'informations³⁹⁰⁸. Le droit au silence forme un rempart contre la tentation d'extorquer des aveux en usant de la force. Les aveux obtenus par la violence méconnaissent ce droit et vicient la procédure subséquente dès lors qu'elle repose, même en partie, sur eux³⁹⁰⁹. Il faut garder en mémoire que « l'utilisation, dans le cadre d'une procédure pénale, d'éléments de preuve recueillis au mépris de l'article 3 soulève de graves questions quant à l'équité de cette procédure »³⁹¹⁰. Il est alors heureux que l'article 63-1, 3° du C.P.P. oblige l'O.P.J. à informer immédiatement la personne gardée à vue, dans une langue qu'elle comprend, « du droit, lors des auditions, après avoir décliné son identité, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire »³⁹¹¹. Ce droit n'apparaît applicable que lors des auditions, après que la personne a décliné son identité. « Il est donc impossible, aux yeux du législateur français, de ne faire aucune déclaration puisqu'il faut au préalable décliner son identité »³⁹¹². La Cour de cassation semble procéder en outre à une distinction : le droit au silence n'est pas le droit de ne rien dire, mais celui de ne pas répondre à des questions³⁹¹³. L'exigence légale de notifier le droit au silence au mis en cause met davantage en harmonie le système français avec les systèmes étrangers, lesquels consacrent pareille obligation, en sus des pays de common law³⁹¹⁴.

791. Pendant longtemps, le législateur n'a pas été le seul à faire preuve de frilosité vis-à-vis de ce droit. Dans le système français, marqué par la recherche de l'aveu, les juges se sont montrés assez hostiles au droit au silence. A l'époque où le juge d'instruction détenait le pouvoir de placer le mis en examen en détention provisoire, il lui était souvent reproché d'utiliser cette mesure coercitive comme moyen de pression contre l'intéressé afin de le faire sortir de son mutisme³⁹¹⁵. Le recours à la

³⁹⁰⁷ Le droit de ne pas témoigner contre soi-même ne constitue pas uniquement une garantie procédurale, mais présente aussi « les caractères d'une garantie matérielle » : V. G. COHEN-JONATHAN, Conclusions générales, in Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits, Bruylant, 1996, p. 159 et s., not. p. 170.

³⁹⁰⁸ Il peut s'agir de torture, de traitements inhumains et/ou dégradants. Sur ce point, D. ROETS, *op. cit.*, p. 121.

³⁹⁰⁹ V. CEDH, 17 oct. 2006, *Göçmen / Turquie*, préc., §72 à 75 ; CEDH, 2 déc. 2008, *Erdal Aslan / Turquie*, n°25060/02 et 1705/03, §90 à 93 ; R.I.D.P., 2009, p. 356, n°33, obs. F. FOURMENT et I. STOFAS. Cet arrêt lie le mauvais traitement à l'atteinte au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (§92) ; CEDH, 6 oct. 2009, *Soyhan / Turquie*, n°4341/04, §40 à 43 ; R.I.D.P., 2010, p. 343, n°34, obs. B. RAUCH. Il faut enfin signaler que ce droit peut être violé en raison de déclarations faites par un coaccusé sur lequel une contrainte morale a été exercée : V. CEDH, 18 déc. 2008, *Loutsenko / Ukraine*, n°30663/04 (en anglais) ; R.I.D.P., 2009, p. 357, n°33, obs. F. FOURMENT et I. STOFAS.

³⁹¹⁰ CEDH (Gr. ch.), 11 juill. 2006, *Jalloh / Allemagne*, préc., §105.

³⁹¹¹ Avant la loi du 14 avril 2011, l'obligation d'informer le suspect de son droit de se taire a connu des fortunes diverses. Introduite par la loi du 15 juin 2000, elle a été modifiée par la loi du 4 mars 2002, avant d'être supprimée par la loi du 18 mars 2003. La loi n°2014-535 du 27 mai 2014 n'a pas changé la formule légale consacrée en 2011 à cet égard.

³⁹¹² J. LEBLOIS-HAPPE, *op. cit.*, p. 301.

³⁹¹³ V. Cass. crim., 17 déc. 2013, Inédit, n°12-84297 et n°13-86565 (2 espèces) ; A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 139, obs. C. PORTERON. Pour ce commentateur, la jurisprudence distingue entre « un droit absolu au mutisme dès lors qu'un individu est placé en garde à vue et un droit de ne pas répondre aux questions posées ». Dans le cadre des interrogatoires, le suspect peut choisir de ne pas parler, ce qui impose de lui rappeler ce droit. Mais à défaut d'interrogatoire, les enquêteurs peuvent accueillir ses déclarations spontanées, qui sont consignées dans un procès-verbal séparé, ce qui était le cas dans ces espèces.

³⁹¹⁴ V. La garde à vue (...), *op. cit.*, spéc. p. 12 et 13 (Allemagne), p. 26 (Danemark), p. 31 (Espagne) et p. 37 (Italie).

³⁹¹⁵ Cette situation était dénoncée : V. B. BOULOC, Le silence de la personne mise en examen peut-il justifier sa mise en détention ?, D., 1995, chron., p. 315 et s. ; B. BOULOC, Communication in Le droit au silence et la détention provisoire, Droit et justice n°16, Bruylant, 1997, p. 29 et s., spéc. p. 39 à 41.

contrainte psychologique n'a du reste pas disparu. Celle-ci paraît même prospérer en dépit des interrogations qu'elle suscite eu égard aux exigences européennes³⁹¹⁶. Réintroduire la notification obligatoire du droit de se taire au gardé à vue s'est dès lors révélée bienvenue. Son absence n'était plus tenable de toute façon³⁹¹⁷ après la censure prononcée par le juge constitutionnel³⁹¹⁸, et au vu de la jurisprudence européenne³⁹¹⁹, notamment l'arrêt *Brusco* rendu le 14 octobre 2010³⁹²⁰. Cet arrêt a opéré un lien direct entre la violation du droit de ne pas contribuer à sa propre accusation et l'absence d'avocat dès le début de la mesure³⁹²¹. Précédée par certains juges du fond³⁹²², la Cour de cassation a alors exigé, avant la réforme du 14 avril 2011, que le droit au silence soit notifié au suspect lors de son placement en garde à vue³⁹²³. Sans être totale, la soumission de l'acte coercitif à la présomption d'innocence et au droit de ne pas contribuer à sa propre accusation a finalement le mérite d'être significative. Sa soumission aux droits de la défense reste, elle, incomplète.

B – Une soumission incomplète aux droits de la défense

792. Assujettir l'acte coercitif au respect des droits de la défense apparaît normal compte tenu du grief souffert par le justiciable lors de l'exécution de cet acte. Cela semble aussi logique dans la mesure où ces droits jouissent d'une protection constitutionnelle et internationale³⁹²⁴. Les pouvoirs du

³⁹¹⁶ V. Cass. crim., 24 fév. 2009, Bull. crim., n°46 ; Rev. sc. crim., 2009, p. 923, obs. J.-F. RENUCCI, à propos de l'article L. 450-8 du Code de commerce. L'arrêt souligne la relativité du droit au silence face au délit d'obstacle à fonctions. Sa solution apparaît très discutable au regard de la jurisprudence *Funke / France*, préc.

³⁹¹⁷ *Contra*, F. FOURNIE, note sous CA d'Agen (ch. corr.), 18 fév. 2010, D., 2010, p. 1850, spéc. p. 1853.

³⁹¹⁸ C.C., Q.P.C., 30 juill. 2010, n°2010-14/22, préc., cons. 28.

³⁹¹⁹ V. déjà, CEDH, 2 mai 2000, *Condron / Royaume-Uni*, n°35718/97, §60 ; CEDH, 6 juin 2000, *Averill / Royaume-Uni*, n°36408/97, §59 à 61 ; J.C.P., 2001, I, 291, n°28, obs. F. SUDRE.

³⁹²⁰ CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco / France*, n°1466/07 ; D., 2010, p. 2950, note J.-F. RENUCCI ; Procédures, 2010, comm. n°419, note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Rev. sc. crim., 2011, p. 211, obs. D. ROETS ; C. MAURO, Réflexions sur la garde à vue. A propos de l'arrêt *Brusco c/ France* de la Cour européenne des droits de l'homme du 14 octobre 2010, Dr. pénal, 2010, Etude n°29. V. aussi, D. GUERIN, Flexibilité du droit européen : arrêts *Brusco c/ France* et *Gäfgen c/ Allemagne*, D., 2010, point de vue, p. 2850 et s.

³⁹²¹ §54 de l'arrêt *Brusco*. V. aussi : CEDH, 24 oct. 2013, *Navone et autres / Monaco*, n°62880/11, 62892/11 et 62899/11 ; J.C.P., 2014, 78, spéc. n°11, obs. F. SUDRE, précisant que le droit du gardé à vue de ne pas contribuer à sa propre incrimination et de garder le silence, d'une part, le droit à l'assistance d'un conseil pendant tous les interrogatoires, d'autre part, sont deux « droits distincts », la renonciation à l'un n'entraînant pas renonciation à l'autre. Mais ces droits restent « complémentaires », le gardé à vue devant « *a fortiori* bénéficier de l'assistance d'un avocat lorsqu'il n'a pas été préalablement informé par les autorités de son droit de se taire » (§74). Le gardé à vue a droit à l'assistance d'un avocat « pendant les interrogatoires, et ce dès le premier interrogatoire » (§79).

³⁹²² CA d'Agen (ch. corr.), 18 fév. 2010, D., 2010, p. 1850, note F. FOURNIE.

³⁹²³ Cass. crim., 19 oct. 2010, Bull. crim., n°164 ; D., 2010, act., p. 2434, obs. S. LAVRIC ; Cass. crim., 19 oct. 2010, Bull. crim., n°165 ; D., 2010, p. 2809, note E. DREYER ; D., 2011, p. 132, n°5, obs. E. DEGORCE ; Procédures, 2010, comm. n°422, obs. J. BUISSON, reportant l'application des règles énoncées une fois la réforme de la garde à vue adoptée, ou, au plus tard, le 1^{er} juillet 2011. Il est néanmoins posé que « toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction doit, dès le début de la garde à vue, être informée de son droit de se taire et bénéficier, sauf renonciation non équivoque, de l'assistance d'un avocat » ; Cass. crim., 31 mai 2011, Bull. crim., n°111 (mineur de 15 ans) ; Cass. crim., 7 juin 2011, Bull. crim., n°121 ; Rev. sc. crim., 2011, p. 902, obs. J.-F. RENUCCI. V. Cass. crim., 10 sept. 2014, n°13-82507, E.C.P.B., rappelant que les droits de se taire et à l'assistance d'un avocat s'appliquaient avant l'entrée en vigueur de la loi d'avril 2011.

³⁹²⁴ C.C., 2 déc. 1976, n°76-70 DC, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, Rec., p. 39, cons. 2 ; C.C., 19-20 janv. 1981, n°80-127 DC, préc., cons. 52 ; C.C., 3 sept. 1986, n°86-214 DC, *Loi relative à l'application des peines*, Rec., p. 128, cons. 1. Faisant partie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, le principe du respect des droits de la défense se trouve aujourd'hui rattaché par la jurisprudence constitutionnelle à l'article 16 de la Déclaration de 1789 ; Art. 9 §2 et 14 §3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 déc. 1966 ; Art. 5 §2

juge et du législateur sont alors limités car ils ne peuvent les écarter complètement, voire tenter de les anéantir. « Sorte de norme de contrôle dont le non-respect peut entraîner diverses sanctions : la nullité d'un acte d'instruction, une déclaration d'anti-constitutionnalité, l'ouverture à cassation... (...), les droits de la défense peuvent constituer un fait justificatif lorsqu'une infraction semble avoir été commise »³⁹²⁵. En l'absence de toute définition légale³⁹²⁶, il s'avère indispensable d'apporter des précisions sur cette notion afin de cerner dans quelle mesure et selon quelles modalités l'acte coercitif lui est soumis.

793. Issus du droit naturel³⁹²⁷, les droits de la défense constitueraient « l'âme du système accusatoire » d'après ORTOLAN³⁹²⁸. Les examinant sous tous les angles, les pénalistes en étudient les différents aspects au sein de l'enquête préliminaire³⁹²⁹, le respect dans la phase préliminaire du procès pénal³⁹³⁰, la dimension européenne³⁹³¹ et surtout l'effectivité³⁹³², si chère aux juges européens³⁹³³. Malgré tout, cette notion demeure « imprécise »³⁹³⁴, « protéiforme »³⁹³⁵. Bref, elle s'avère difficile à saisir et à définir. Le Conseil constitutionnel a énoncé que le principe du respect des droits de la défense « implique (...) l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties »³⁹³⁶. Une telle approche a au moins le mérite d'être en harmonie avec les dispositions de l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et celles de l'article préliminaire

(et 4) et 6 §3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme ; Art. 48 §2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 déc. 2000. Enfin, « la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel » : Cass. Ass. plén., 30 juin 1995, D., 1995, jurispr., p. 513, concl. M. JEOL, note R. DRAGO.

³⁹²⁵ C. RIBEYRE, Défense des droits de la défense avant jugement, in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, Thèmes et commentaires, V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), p. 231 et s., spéc. p. 231 et 232. Sur les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale : J. LASSERRE-CAPDEVILLE, Les droits de la défense : nouvelle cause prétorienne d'irresponsabilité pénale, R.P.D.P., 2006, p. 537 et s. ; Y. MAYAUD, Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale, Mélanges R. GASSIN, P.U.A.M., 2007, p. 293 et s. ; E. FORTIS, L'influence de certaines règles de la procédure pénale sur l'existence de l'infraction, Mélanges B. BOULOC, Dalloz, 2007, p. 323 et s., spéc. p. 329 et s. ; M.-C. SORDINO, Précisions sur le domaine du fait justificatif fondé sur les droits de la défense au profit du salarié, Dr. pénal, 2010, Etude n°6 ; Y. CAPDEPON, Essai d'une théorie générale des droits de la défense, *op. cit.*, n°671 et s., p. 360 et s. ; Cass. crim., 21 juin 2011, Bull. crim., n°149.

³⁹²⁶ Aucun Code ne fournit une définition des droits de la défense.

³⁹²⁷ Cass. civ., 7 mai 1828, S., 1828, I, p. 93 ; H. MOTULSKY, Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile, Mélanges P. ROUBIER, t. II, p. 175 et s., not. n°9 et 10, p. 181 et 182, évoquant « une donnée » et « un précepte » de droit naturel ; M. ALLEHAUT, Les droits de la défense, *op. cit.*, p. 456 ; J. LEAUTE, Les principes généraux relatifs aux droits de la défense, *op. cit.*, p. 47 et 60.

³⁹²⁸ ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, t. II, Paris, Plon, 1886, 5^{ème} éd. par A. DESJARDINS, n°2288, p. 539, pour qui « sans ce droit exercé largement et librement, la justice pénale n'est pas justice, elle est oppression ».

³⁹²⁹ P. GAGNOUD, *L'enquête préliminaire (...)*, Thèse préc.

³⁹³⁰ N. RAYNAUD DE LAGE, *Le respect des droits de la défense dans la phase préliminaire du procès pénal*, Thèse, Toulouse I, 2 tomes, 1998.

³⁹³¹ F. BATTESTI, *La dimension européenne des droits de la défense*, Thèse, Corse, 2005.

³⁹³² D. LUCIANI-MIEN, *L'effectivité des droits de la défense en procédure pénale*, Thèse, Paris II, 2006.

³⁹³³ En effet, « la recherche de l'effectivité des droits proclamés par la Convention caractérise la jurisprudence européenne d'une manière générale, et celle sur le procès équitable en particulier » : F. SUDRE, *L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, Mélanges P. LAMBERT, Bruylant, 2000, p. 821 et s., spéc. p. 831.

³⁹³⁴ N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, *op. cit.*, n°282, p. 226. Le « caractère générique » de l'expression de droits de la défense « ne permet pas de déterminer ce qu'elle recouvre ».

³⁹³⁵ N. RAYNAUD DE LAGE, *op. cit.*, p. 551.

³⁹³⁶ C.C., 28 juill. 1989, n°89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, Rec., p. 71, cons. 44 ; C.C., 2 fév. 1995, n°95-360 DC, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, Rec., p. 195, cons. 5 ; C.C., Q.P.C., 23 juill. 2010, n°2010-15/23, préc., cons. 4.

du Code de procédure pénale³⁹³⁷. La jurisprudence constitutionnelle a ainsi rapproché les droits de la défense du droit à un procès équitable³⁹³⁸.

794. Si un rapprochement entre ces deux notions peut être opéré, celle de droit à un procès équitable apparaît toutefois plus étendue³⁹³⁹. Elle comprend, par exemple, le droit au respect de la présomption d'innocence, laquelle « n'est pas, à proprement parler, une garantie incluse dans le principe constitutionnel du respect des droits de la défense »³⁹⁴⁰. Il est possible d'adopter une conception large des droits de la défense³⁹⁴¹, en y incluant encore le droit à un tribunal impartial ou le droit d'exercer un recours³⁹⁴². Tel ne sera pas le cas dans le cadre de cette étude. Retenir cette conception présenterait l'inconvénient de mélanger des questions qui méritent d'être traitées séparément eu égard au régime juridique de l'acte coercitif. Mieux vaut donc adopter une approche plus resserrée de la notion.

795. Il est acquis que les droits de la défense sont étroitement liés aux principes d'égalité des armes et de la contradiction. Le premier de ces principes, qui constitue une exigence du procès équitable, « implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »³⁹⁴³. Quant au second, il « implique, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations ou pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter »³⁹⁴⁴. Selon la doctrine, « on peut dire hâtivement que le contradictoire se concrétise dans un ensemble de règles garantissant à une partie la pleine connaissance de l'instance, et la possibilité de défendre ses intérêts

³⁹³⁷ Art. préL., I, du C.P.P. : « La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties ». Il faut observer que l'expression de droits de la défense n'apparaît pas dans ce texte.

³⁹³⁸ Sur ce point, N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n°292 et s., p. 233 et s.

³⁹³⁹ CEDH, 30 oct. 1991, *Borgers / Belgique*, n°12005/86, §24, précisant que les droits de la défense sont des « éléments de la notion plus large de procès équitable ». Sur cette articulation : S. AMRANI-MEKKI, Qu'est devenue la pensée de Henri Motulsky ? Les droits de la défense, Procédures, 2012, dossier n°6, spéc. n°12 et s.

³⁹⁴⁰ N. MOLFESSIS, *op. cit.*, note n°2, p. 235, qui avance l'article 9 de la Déclaration de 1789 à l'appui de son raisonnement. V. pourtant, J.-P. COSTA, Les droits de la défense selon la jurisprudence (...), *op. cit.*, p. 1418 : « Sur le plan pénal, les droits de la défense se rattachent à la présomption d'innocence et remontent donc à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (...) ».

³⁹⁴¹ Sur la distinction entre droits de la défense « négatifs » et « positifs » : C. RIBEYRE, *op. cit.*, p. 234.

³⁹⁴² En ce sens, E. VERGES, Procédure pénale, *op. cit.*, n°67 ; D. CARON, La garantie des droits reconnus à la personne suspectée ou poursuivie dans la jurisprudence récente de la chambre criminelle, Rapport de la Cour de cassation 2000, La protection de la personne, La documentation française, 2001, p. 213 et s., not. p. 232 ; P. GAGNOUD, *op. cit.*, n°7 et 8, p. 9 et 10 et n°203, p. 236 et 237.

³⁹⁴³ CEDH, 27 oct. 1993, *Dombo Beheer B.V. / Pays-Bas*, n°14448/88, §33 ; J.C.P., 1994, I, 3742, n°14, obs. F. SUDRE. Sur le lien entre droits de la défense et égalité des armes : D. ALLIX, Le droit à un procès (...), *op. cit.*, p. 30 ; D. KARSENTY, Le droit au procès équitable : évolution récente de la jurisprudence de la chambre criminelle, Rapport de la Cour de cassation 2001, La documentation française, 2002, p. 111 et s., spéc. p. 122 à 124 ; T. FOSSIER, Droits de la défense et personnes vulnérables, Rev. sc. crim., 1998, p. 57 et s., spéc. n°19, p. 63.

³⁹⁴⁴ CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos / Espagne*, n°12952/87, §63 ; J.C.P., 1994, I, 3742, n°11 et 15, obs. F. SUDRE ; CEDH, 20 fév. 1996, *Lobo Machado / Portugal*, n°15764/89, §31 et CEDH, 20 fév. 1996, *Vermeulen / Belgique*, n°19075/91, §33 ; J.C.P., 1997, I, 4000, n°19, obs. F. SUDRE.

en y participant, après le temps de réflexion nécessaire »³⁹⁴⁵. La contradiction fait donc assurément partie de la catégorie des droits de la défense, dont elle forme, en quelque sorte, le cœur ou le centre de gravité³⁹⁴⁶. De leur côté, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat l'analysent comme un corollaire de ces droits³⁹⁴⁷.

796. Consubstantiels à la procédure pénale, les droits de la défense peuvent être perçus non comme de simples droits subjectifs, mais comme « des droits de valeur publique »³⁹⁴⁸. Ce qu'il faut souligner à leur égard, c'est leur vocation défensive : ce sont des droits défensifs³⁹⁴⁹. Comme en procédure civile, ils s'appliquent tant au demandeur qu'au défendeur³⁹⁵⁰. Il est possible de leur attribuer la définition générale suivante : il s'agit « des droits, que toute personne possède pour se protéger de la menace, que constitue pour elle, le procès pénal »³⁹⁵¹. Force est toutefois de constater que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'emploie le terme de « défense » qu'au bénéfice de « l'accusé »³⁹⁵². Ce sont précisément les droits conférés à ce suspect *lato sensu* qui doivent être étudiés. Dans l'immense majorité des cas, c'est lui qui subit l'acte coercitif³⁹⁵³. La défense procédurale serait d'ailleurs protégée à la fois par une norme générale et par des normes plus particulières, la norme générale renvoyant à un « principe de défense »³⁹⁵⁴, tandis que celles-ci consisteraient dans les différentes garanties (avocat, contradictoire...) dont la fonction commune est

³⁹⁴⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, Généralités (...), *op. cit.*, p. 20. Pour d'autres définitions : L. ASCENSI, Du principe de la contradiction, L.G.D.J., 2006, Bibl. dr. privé, t. 454, préf. L. CADIET, n°419, p. 235 et n°831, p. 463, analysant le contradictoire comme « le droit fondamental de toute personne intéressée à une procédure de résolution d'un litige de se faire communiquer utilement les éléments présentés à l'auteur de la décision et de les discuter » ; C. GAVALDA-MOULENAT, Le principe du contradictoire en procédure pénale, Thèse, Montpellier I, 2005, n°320, p. 202 ; L. MINIATO, Le principe du contradictoire en droit processuel, L.G.D.J., 2008, Bibl. dr. privé, t. 483, préf. B. BEIGNIER, n°2 et s., p. 1 et s.

³⁹⁴⁶ V. H. MOTULSKY, Droit processuel, *op. cit.*, p. 147 et 148 ; G. BOLARD, Les juges et les droits de la défense, Etudes offertes à P. BELLET, Litec, 1991, p. 49 et s., spéc. n°1, p. 49 et n°10, p. 53 ; C. SOURZAT, Les droits de la défense, Dr. pénal, 2011, Etude n°18, spéc. n°4 ; M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, p. 30 et 31 ; N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n°283 et s., p. 228 et s. ; J. PRADEL, L'instruction préparatoire, *op. cit.*, n°87, p. 95 ; L. ASCENSI, *op. cit.*, n°156 et 157, p. 93 à 96 et les auteurs cités en note n°335 ; S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, spéc. n°6 ; L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, Théorie générale du procès, *op. cit.*, n°174, p. 635 et 636. *Contra*, C. GAVALDA-MOULENAT, *op. cit.*, n°217 et s., p. 149 et s., et spéc. n°235, p. 158 et n°237, p. 160.

³⁹⁴⁷ C.C., 29 déc. 1989, n°89-268 DC, préc., cons. 58 ; C.C., 23 juill. 1999, n°99-416 DC, préc., cons. 42 ; CE, 6 avril 2001, *Ordre des avocats au barreau du Mans*, Rec., p. 184.

³⁹⁴⁸ F. SAINT-PIERRE, La nature juridique des droits de la défense dans le procès pénal, D., 2007, chron., p. 260 et s., spéc. p. 262, pour qui « les droits de la défense trouvent leur cause dans une situation juridique objective spécifique : une procédure pénale (...) ».

³⁹⁴⁹ C. RIBEYRE, *op. cit.*, p. 232 ; J. PRADEL, Défense pénale et régime de procédure, in La défense pénale, R.P.D.P., 2010, n° spécial, p. 31 et s., spéc. p. 31 : « Dans l'art de la guerre, on parlerait de contre-attaque ».

³⁹⁵⁰ C'est-à-dire qu'ils profitent autant à la victime (V. C.C., Q.P.C., 23 juill. 2010, n°2010-15/23, préc.) qu'à la personne poursuivie et même, en théorie, au ministère public.

³⁹⁵¹ C. GINESTET, *op. cit.*, n°787, p. 628. Cette définition est parfois reprise : V. not., C. RIBEYRE, *op. cit.*, p. 233, ajoutant que les droits de la défense sont « des armes, ou plutôt un bouclier (...) semblable à l'Egide de la mythologie, qui garantit aux citoyens qu'ils ne seront pas condamnés sans de sérieuses raisons et au terme d'une procédure loyale ».

³⁹⁵² Sur ce constat : G. GIUDICELLI-DELAGE, Droits de la défense, in Dictionnaire de la Justice, P.U.F., 2004, L. CADIET (dir.), p. 364 et s., not. p. 367.

³⁹⁵³ Rapp., F. DEFFERRARD, *op. cit.*, p. 125 : « Une fois acquise, la qualité de suspect expose la personne qui en est revêtue à des mesures coercitives : contrôle d'identité, privation de liberté d'aller et de venir, atteintes personnelles et patrimoniales (perquisitions, saisies, "écoutes téléphoniques", etc) ».

³⁹⁵⁴ Principe qui serait défini comme la norme qui impose que tout plaideur « doit être mis en mesure de se défendre, c'est-à-dire mis en mesure de soutenir ou de contester une prétention en justice ».

d'assurer que le plaideur sera effectivement en mesure de se défendre³⁹⁵⁵. Outre ceux contenus dans les différentes dispositions techniques du Code de procédure pénale, les droits de la défense ressortent des articles préliminaire dudit Code et des articles 5 §2 et 4 (garanties spécifiques pour toute personne arrêtée ou détenue) et 6 §3 (garanties pour toute personne accusée en matière pénale) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

797. Ces textes contiennent « la substance même des droits de la défense dans le procès pénal moderne »³⁹⁵⁶. Il s'agit notamment des droits pour toute personne, arrêtée ou détenue, d'être informée des raisons de son arrestation ou détention, de toute accusation portée contre elle et d'introduire un recours devant un tribunal ; des droits pour toute personne contre laquelle est portée une accusation en matière pénale d'être informée de la nature et de la cause de cette accusation, de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense, de se défendre soi-même ou avec l'assistance de son avocat, de convoquer et d'interroger les témoins, de se faire assister gratuitement d'un interprète³⁹⁵⁷. De tels droits s'avèrent susceptibles d'entraver la répression. Ils demeurent néanmoins applicables à l'acte coercitif. Cet acte indispensable génère un grief grave. Les droits de la défense permettent de l'encadrer. Ils viennent compenser ce grief, ils en sont la contrepartie d'une certaine façon³⁹⁵⁸. La recherche d'un certain équilibre de la procédure pénale est à ce prix³⁹⁵⁹. Mais l'acte coercitif n'est pas totalement assujéti à ces droits fondamentaux. Sa soumission n'est que partielle, elle se révèle incomplète. Il faut donc expliquer pourquoi en premier lieu. Il convient de montrer en second lieu que, par faveur pour la protection des libertés individuelles, celle-ci se développe sous la pression des exigences constitutionnelles et conventionnelles. La soumission graduelle de l'acte coercitif aux droits de la défense (1°) ne doit pas occulter sa soumission grandissante à ceux-ci (2°).

³⁹⁵⁵ Y. CAPDEPON, Le principe de la garantie des droits de la défense. Le point de vue du pénaliste, *in* Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal, Cujas, Actes & études, 2013, F. HOURQUEBIE et V. PELTIER (dir.), p. 79 et s., spéc. n°2, p. 79 et 80 (« une norme générale unique et des garanties particulières multiples »).

³⁹⁵⁶ F. SAINT-PIERRE, *op. cit.*, p. 262. La Convention américaine des droits de l'homme prévoit d'ailleurs des garanties très proches de celles inscrites dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. Sur ce point, L. HENNEBEL, *op. cit.*, n°566 et s., p. 480 et s. et n°606 et s., p. 518 et s.

³⁹⁵⁷ V. aussi, l'article 14 §3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne se contente, elle, de rappeler à l'article 48 §2 que « le respect des droits de la défense est garanti à tout accusé », sans prendre soin d'énumérer ces droits. Il a été précisé que « ne sont des "droits de la défense" que les droits, issus de la vieille tradition anglaise de l'*habeas corpus*, destinés à protéger la liberté d'aller et venir des personnes, et les droits destinés à garantir qu'une personne ne soit pas jugée sans avoir été mise à même de se défendre » : G. GIUDICELLI-DELAAGE, *op. cit.*, p. 367.

³⁹⁵⁸ Sans utiliser exactement ces termes, la doctrine évoque souvent l'idée : V. A. PENA, Sûreté personnelle (...), *op. cit.*, p. 700 ; N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n°192, p. 158 ; V. VALETTE, La personne mise en cause (...), *op. cit.*, n°400, p. 272 ; N. RAYNAUD DE LAGE, *op. cit.*, p. 14 et 15 ; C. VUILLEMIN-GONZALES, La protection de la liberté pendant la phase préparatoire, R.P.D.P., 2001, p. 101 et s., spéc. p. 105 à 107. Pour une approche différente, R. VOUIN, La Cour de sûreté de l'Etat (Lois du 15 janvier 1963), J.C.P., 1963, I, 1764, spéc. n°27, à propos de la garde à vue.

³⁹⁵⁹ V. S. GUINCHARD, Rapport de synthèse, *in* La défense pénale, R.P.D.P., 2010, n° spécial, p. 275 et s., spéc. p. 276.

1°- Une soumission graduelle

798. Tous les actes appartenant à la catégorie d'acte coercitif ne peuvent être tenus de manière strictement semblable au respect des droits de la défense. Leur rassemblement au sein d'une catégorie commune ne signifie pas qu'ils suivent un régime en tous points identique. Au vrai, leur soumission à ce principe apparaît partielle, dans la mesure où elle est fonction de l'intensité de l'acte. Au regard de l'acte coercitif, les droits de la défense sont accordés en tant que contrepartie du grief produit. Plus le grief est intense, plus ces droits doivent être assurés. Renforcer les garanties pour les actes davantage coercitifs semble naturel. Ceux-ci interviennent après la mise en mouvement de l'action publique, notamment pendant l'information ; en d'autres termes, une fois que le mis en cause acquiert la qualité de partie à la procédure, lorsqu'il est mis en examen. Cette qualité de partie à la procédure déclenche l'acquisition des droits de la défense³⁹⁶⁰. Après le prononcé de sa mise en examen, la personne peut être astreinte à un contrôle judiciaire, à une assignation à résidence avec placement sous surveillance électronique, voire placée en détention provisoire³⁹⁶¹. Dans l'optique de protéger les libertés individuelles, le juge constitutionnel impose que ces mesures restrictives et privatives de liberté, très coercitives, respectent les droits de la défense³⁹⁶².

799. La procédure pénale française repose sur ce schéma selon lequel l'intensification de la coercition amplifie, en principe, les droits de la défense. Plus l'acte provoque un grief grave, plus il se révèle coercitif, mieux il faut l'encadrer pour compenser ; partant, plus ces droits sont conséquents. Cela explique sa soumission « graduelle » à ceux-ci : elle est variable selon son intensité qui demeure étroitement liée à l'avancée du procès pénal. Au stade de l'enquête de police, les mesures coercitives laissent une place assez restreinte aux droits de la défense. Les articles 61 et 78 du C.P.P. précisent que

³⁹⁶⁰ C. RIBEYRE, *op. cit.*, p. 235. V. not., Cass. crim., 5 mars 2013, Bull. crim., n°56 ; Dr. pénal, 2013, comm. n°63, note A. MARON et M. HAAS ; Rev. sc. crim., 2013, p. 595, obs. (approbatives) J. DANET ; R.P.D.P., 2013, p. 355. En l'espèce, la cassation est prononcée au visa des articles préliminaire, 114, alinéa 1, et 152, alinéa 2 du C.P.P. En effet, « est contraire au droit à un procès équitable et aux droits de la défense, le fait, pour des officiers de police judiciaire d'entendre, dans le cadre d'une même information, sous quelque forme que ce soit, une personne qui, ayant été mise en examen, ne peut plus, dès lors, être interrogée que par le juge d'instruction, son avocat étant présent ou ayant été dûment convoqué ». Il s'agissait ici de confidences faites par le mis en examen à des O.P.J. lors de son transfert vers la maison d'arrêt en vue de son placement en détention provisoire. Or, il faut bien reconnaître que « si les déclarations sont spontanées, on voit mal l'enquêteur faire la sourde oreille et ne pas consigner les déclarations dans un procès-verbal » (C. RIBEYRE, obs. sur Cass. crim., 5 mars 2013, R.P.D.P., 2013, p. 355, spéc. p. 356).

³⁹⁶¹ Evidemment, ces actes coercitifs peuvent être décidés sans mise en examen préalable dans l'hypothèse où le tribunal correctionnel est saisi par le parquet dans le cadre de la comparution immédiate. En outre, d'autres exemples illustrent cette idée que les actes les plus coercitifs ne peuvent être exécutés qu'après le déclenchement des poursuites, notamment au stade de l'instruction. Tel est le cas des sonorisations et fixations d'images (art. 706-96 du C.P.P.) et des fermetures d'établissements (art. 706-33 du C.P.P. et 706-36 du C.P.P.).

³⁹⁶² C.C., 29 août 2002, n°2002-461 DC, préc., cons. 66 : « Considérant (...) que le principe de présomption d'innocence (...) ne fait pas obstacle à ce que l'autorité judiciaire soumette à des mesures restrictives ou privatives de liberté, avant toute déclaration de culpabilité, une personne à l'encontre de laquelle existent des indices suffisants quant à sa participation à la commission d'un délit ou d'un crime ; que c'est toutefois à la condition que ces mesures soient prononcées selon une procédure respectueuse des droits de la défense et apparaissent nécessaires à la manifestation de la vérité (...) ». Selon J. PRADEL, Les principes constitutionnels du procès pénal, C.C.C., n°14, 2003, p. 84 et s., spéc. n°6, p. 86, ce considérant « revient à dire que le principe de la présomption d'innocence n'est pas absolu (...), mais qu'en cas d'atteinte à ce principe, le respect des droits de la défense doit être assuré. La défaillance d'un principe n'est tolérable que si elle est corrigée par l'irruption d'un autre ».

les personnes convoquées par un O.P.J. aux fins d'audition sont tenues de comparaître et qu'à défaut, celui-ci peut les y contraindre par la force publique³⁹⁶³. Une garantie est prévue au profit de ces personnes. Celles à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction ne peuvent être retenues que le temps strictement nécessaire à leur audition, sans que cette durée ne puisse excéder quatre heures³⁹⁶⁴. Mais, en dehors de cette limite temporelle, aucun droit de la défense n'a été, pendant longtemps, consacré : ni assistance par un avocat ou un interprète³⁹⁶⁵, ni accès au dossier, ni droit au silence...

800. Le Conseil constitutionnel a formulé une réserve d'interprétation dans sa décision du 18 juin 2012³⁹⁶⁶. Les dispositions de l'article 78, alinéa 1, du C.P.P. ne méconnaissent pas les droits de la défense, à condition que la « personne à l'encontre de laquelle il apparaît, avant son audition ou au cours de celle-ci, qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, ne puisse être entendue ou continuer à être entendue librement par les enquêteurs que si elle a été informée de la nature et de la date de l'infraction qu'on la soupçonne d'avoir commise et de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie ». Si l'individu est déjà soupçonné ou devient un suspect lors de son audition, il doit donc bénéficier d'un droit à l'information sur la date et la nature de l'infraction ainsi que sur son droit de partir³⁹⁶⁷. On est proche d'une exigence de loyauté de la sorte³⁹⁶⁸. Depuis l'adoption de la loi n°2014-535 du 27 mai 2014 précitée, le droit à l'information accordé au suspect s'est renforcé puisque « la notification des droits procéduraux, quel que soit le stade procédural auquel elle intervient, devient un préalable à toute audition de la personne mise en cause »³⁹⁶⁹.

801. En vue de sauvegarder la liberté individuelle, la loi régit également avec précision les contrôles et vérifications d'identité. S'agissant en particulier de ces dernières, davantage coercitives que les simples contrôles d'identité, le législateur a prévu la durée maximale de la rétention, le droit d'avertir le procureur de la République de la mesure, celui de prévenir sa famille ou toute personne de

³⁹⁶³ L'autorisation préalable du procureur de la République est nécessaire en enquête préliminaire et même dans l'enquête de flagrance, lorsque l'O.P.J. souhaite contraindre à comparaître « les personnes qui n'ont pas répondu à une convocation à comparaître ou dont on peut craindre qu'elles ne répondent pas à une telle convocation » (art. 61, al. 3 du C.P.P.).

³⁹⁶⁴ Art. 62, al. 2 du C.P.P. ; Art. 78 al. 2, procédant par renvoi à l'article 62 du C.P.P.

³⁹⁶⁵ Il a été jugé que l'article 102 du C.P.P., qui prévoit l'assistance d'un interprète, n'est pas applicable à l'enquête sur infraction flagrante : Cass. crim., 13 fév. 1990, Bull. crim., n°73. Il n'est pas davantage applicable à l'enquête préliminaire : Cass. crim., 27 nov. 2001, Bull. crim., n°245.

³⁹⁶⁶ C.C., Q.P.C., 18 juin 2012, n°2012-257, préc., cons. 9. Sur le renvoi effectué par la Cour de cassation au juge constitutionnel : Cass. crim., 11 avril 2012, Bull. crim., n°93 ; Procédures, 2012, comm. n°189, note (approbative) A.-S. CHAVENT-LECLERE.

³⁹⁶⁷ Toutefois, le Conseil constitutionnel n'a précisé ni les modalités de cette information ni la sanction de son défaut. En ce sens aussi, B. DE LAMY, obs. sur C.C., Q.P.C., 18 juin 2012, n°2012-257, Rev. sc. crim., 2013, chron., p. 441.

³⁹⁶⁸ La réserve d'interprétation citée au texte (V. déjà, C.C., Q.P.C., 18 nov. 2011, n°2011-191/194/195/196/197, préc.) conforte toutefois la pratique de l'audition libre, qui avait pourtant été enlevée du projet de loi relatif à la garde à vue lors de ses travaux parlementaires.

³⁹⁶⁹ G. TAUPIAC-NOUVEL, A. BOTTON, La réforme du droit à l'information (...), *op. cit.*, n°5.

son choix, etc³⁹⁷⁰. Mais hormis le droit à l'information octroyé à l'intéressé, ces garanties légales, si précieuses soient-elles en ce qu'elles « limitent les contraintes imposées à la personne qui n'a pas pu ou n'a pas voulu justifier sur place de son identité »³⁹⁷¹, ne s'analysent pas en des droits de la défense proprement dits³⁹⁷². Il est vrai que les contrôles et vérifications d'identité, comme les comparutions forcées aux fins d'audition, ne s'apparentent pas à des actes extrêmement coercitifs. L'intensité de la contrainte supportée reste raisonnable. Le législateur a fait le choix de privilégier l'efficacité des investigations policières en la matière. Susceptibles de constituer un frein à cette efficacité, les droits de la défense ont par conséquent été écartés³⁹⁷³. En outre, la procédure n'en est qu'à ses balbutiements dans le cadre d'une enquête préliminaire. La mise en œuvre concrète de certains de ces droits pourrait s'avérer difficile, voire peu utile.

802. Encadrer au maximum l'exécution des actes coercitifs demeure sans conteste primordial. « Dès lors que des actes de procédure préalables à la saisine des juges du fond présentent un caractère déterminant pour l'issue du procès, en ce qu'ils influencent ou peuvent influencer directement la solution du litige », ils doivent être « entourés des garanties normalement requises des tribunaux »³⁹⁷⁴. Ces garanties procédurales ne sont pas exactement synonymes de droits de la défense. Or, le droit positif comprend plusieurs actes coercitifs qui ne laissent guère de place à de tels droits. Ce qui surprend et semble *a priori* gênant, c'est leur degré de coercition assez élevé. Tel est le cas des perquisitions et saisies, qui causent un grief important aux personnes concernées. Conscient de cette réalité, le législateur a pris des précautions. L'article 56, alinéa 3, du C.P.P. dispose en effet que l'O.P.J. « a l'obligation de provoquer préalablement (à la perquisition) toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense ». Il s'agit surtout du principe de la libre défense, qui suppose le respect de la confidentialité des correspondances échangées entre un client et son avocat, lesquelles ne peuvent pas d'ordinaire être saisies.

³⁹⁷⁰ L'ensemble de ces garanties est énoncé à l'article 78-3 du C.P.P., lequel ajoute d'ailleurs que « l'officier de police judiciaire mentionne dans un procès-verbal, les motifs qui justifient le contrôle ainsi que la vérification d'identité, et les conditions dans lesquelles la personne a été présentée devant lui, informée de ses droits et mise en mesure de les exercer ».

³⁹⁷¹ C.C., 19-20 janv. 1981, n°80-127 DC, préc., cons. 58.

³⁹⁷² La doctrine y voit aussi des garanties procédurales, non des droits de la défense : V. N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n°197, p. 162 ; V. VALETTE, *op. cit.*, n°400, p. 271 et 272.

³⁹⁷³ Il faut aussi se rappeler que l'enquête de police n'a connu pendant longtemps aucun statut légal et que celle-ci, encore aujourd'hui, débute de façon informelle à la suite d'une constatation, d'une plainte ou d'une dénonciation. Se situant forcément avant la mise en mouvement de l'action publique, elle correspond à « une procédure sans procès ». Or, il a été justement noté, que « l'évolution contemporaine de la procédure dans le sens d'une plus grande reconnaissance de droits procéduraux aux parties privées conduit nécessairement vers une remise en cause du régime juridique actuel de l'enquête. Il y a là un véritable changement de paradigme qui consiste à introduire des droits procéduraux de la défense dans une phase de la procédure qui, par tradition et par recherche d'efficacité, n'en a jamais contenu » : E. VERGES, *L'enquête pénale au cœur d'un changement de paradigme : le statut et les droits de la personne mise en cause dans la procédure pénale*, R.P.D.P., 2009, p. 837 et s., spéc. p. 838.

³⁹⁷⁴ J.-P. LE GALL, *A quel moment le contradictoire ? Une application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Gaz. pal., 1996, doctr., p. 691 et s., spéc. p. 694.

803. Toutefois, l’avocat reste absent au cours d’une perquisition, il n’est pas en mesure d’assister le mis en cause³⁹⁷⁵. Son absence apparaît contestable, car la personne risque de s’auto-incriminer en répondant à l’invitation qui lui est faite par l’O.P.J. de fournir des renseignements sur un objet saisi. Dans l’optique de sécuriser les procédures, la perquisition devrait être alors soit « taisante », en ce sens que la personne se contenterait simplement de constater la découverte de l’objet saisi, soit « parlante », celle-ci fournissant lesdits renseignements, mais après notification de son droit de garder le silence et de bénéficier de l’assistance d’un avocat³⁹⁷⁶. En outre, si le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation subordonnent l’exercice des droits de la défense à la coercition et non à la simple suspicion, la personne au domicile de laquelle la perquisition a lieu se trouve privée de liberté³⁹⁷⁷. Il est regrettable, à ce propos, que la directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d’accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales (...) ³⁹⁷⁸ ait finalement écarté le droit à l’assistance d’un avocat au cours des perquisitions. Cette directive cite des actes durant lesquels les suspects ou les personnes poursuivies peuvent bénéficier au minimum de la présence de leur conseil : séances d’identification des suspects, confrontations et reconstitutions de la scène. Les perquisitions sont cependant passées sous silence³⁹⁷⁹. Il sera intéressant d’examiner la jurisprudence européenne sur la question. Si elle ne semble pas imposer cette présence pour l’instant, elle pourrait évoluer dans la mesure où elle l’exige pour d’autres actes d’enquête effectués durant la garde à vue³⁹⁸⁰. De son côté, la commission présidée par M. BEAUME a estimé, dans son rapport sur la procédure pénale précité, que la perquisition « ne revêt aucune nature juridictionnelle qui ouvre un

³⁹⁷⁵ V. Cass. crim., 3 avril 2013, Bull. crim., n°74 ; Gaz. pal., 21-23 juill. 2013, n°202 à 204, p. 39, obs. F. FOURMENT ; R.P.D.P., 2013, p. 359, obs. C. RIBEYRE. Selon la Cour de cassation, l’article 6 §3 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme n’exige pas que la personne ayant reçu notification officielle du fait qu’elle est suspectée d’avoir commis une infraction soit assistée d’un avocat lorsqu’elle est présente à des actes (perquisition en l’occurrence ici) au cours desquels elle n’est ni privée de liberté ni entendue sur les faits qui lui sont reprochés. Comme il l’a été observé, la formulation de l’attendu laisse une question en suspens : « faut-il entendre dans ce “ni / ni” que la présence d’un avocat ne serait imposée au cours d’une enquête que si le suspect était privé de liberté et qu’il était auditionné, ou bien au contraire le droit à l’avocat s’applique-t-il, soit qu’il y ait privation de liberté, soit qu’il y ait une audition ? L’autre arrêt rendu le même jour invite à privilégier la première interprétation » : C. RIBEYRE, obs. sur Cass. crim., 3 avril 2013 (2 arrêts), R.P.D.P., 2013, p. 359, spéc. p. 360 ; Cass. crim., 22 oct. 2013, Bull. crim., n°196.

³⁹⁷⁶ F. FOURMENT, La perquisition « taisante », *op. cit.*, p. 24.

³⁹⁷⁷ V. not., article 56, dernier alinéa du C.P.P.

³⁹⁷⁸ J.O.U.E. L 294 du 6 nov. 2013, p. 1 ; F. G’SELL, Vers un renforcement du rôle de l’avocat dans les procédures pénales. A propos de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013, J.C.P., 2014, 2 ; C. NOURISSAT, Sur la directive relative au droit d’accès à l’avocat dans les procédures pénales, R.P.D.P., 2014, chron., p. 105 et s. ; A. FAUTRE-ROBIN, L’accès à l’avocat des personnes soupçonnées ou poursuivies : les exigences insuffisantes de l’Union européenne, Gaz. pal., 7-10 mai 2014, n°127 à 130, p. 14 et s. Cette directive doit être transposée au plus tard le 27 novembre 2016.

³⁹⁷⁹ Art. 3 §3 c) de la directive. Dans le même sens : S. CIMAMONTI, J.-B. PERRIER, Perspectives européennes. L’avenir de la justice pénale et l’Union européenne, *in* Problèmes actuels de sciences criminelles, t. XXIV, P.U.A.M., 2013, p. 139 et s., spéc. n°32, p. 160 et 161, le regrettant parce que « c’est précisément la perquisition qui concentre aujourd’hui toutes les attentions aussi bien quant au droit à l’assistance d’un avocat dans la jurisprudence de la chambre criminelle que plus largement encore dans celle de la Cour de Strasbourg » ; A. FAUTRE-ROBIN, *op. cit.*, p. 17, évoquant un « défaut d’ambition » de la directive sur ce point. Comp., F. G’SELL, *op. cit.*, pour qui « la perquisition, bien que non évoquée par le texte, fait certainement partie de son champ d’application en tant que mesure de collecte des preuves », et C. NOURISSAT, *op. cit.*, p. 108, notant qu’« il est probable qu’elle (la perquisition) relève bien de la directive en tant que manifestation emblématique de la collecte des preuves ».

³⁹⁸⁰ V. récemment, CEDH, 3 juin 2014, *Ahmet Eryilmaz / Turquie*, n°23501/07, §23 : « (...) l’absence d’un avocat lors de l’accomplissement au cours de la garde à vue d’actes d’enquête, tels qu’un transport sur les lieux pour reconstitution des faits, constitue un manquement aux exigences de l’article 6 de la Convention ». Comp., cependant, avec la procédure de flagrance roumaine permettant aux enquêteurs de poser quelques questions au suspect, sur les objets découverts, celui n’ayant pas droit à l’assistance d’un avocat : CEDH, 8 avril 2014, *Blaj / Roumanie*, préc., §91 à 99 (non violation de l’article 6).

droit au contradictoire » et n'a donc pas préconisé l'assistance de l'avocat à cet acte³⁹⁸¹. En somme, l'ensemble des garanties qui entourent cet acte coercitif (présence et assentiment de l'intéressé pour l'enquête préliminaire, respect des heures légales, présence du bâtonnier en cas de perquisition dans un cabinet d'avocats...) « répondent plutôt au souci de protéger l'intimité et le domicile de la personne concernée – voire le secret professionnel pour les avocats – qu'au désir d'accorder à l'individu des droits proprement défensifs pouvant faire, le cas échéant, obstacle à la manifestation de la vérité »³⁹⁸².

804. Traditionnellement considérée comme plus respectueuse des droits de la défense que l'enquête de police, l'information renferme aussi des actes qui, malgré leur caractère coercitif marqué, semblent négliger les droits de la défense, du moins les écarter dans un premier temps. Les interceptions téléphoniques ainsi que les sonorisations et fixations d'images en attestent. Prévues aux articles 100 et suivants du C.P.P., les écoutes téléphoniques font l'objet d'une réglementation stricte. Si de nombreuses garanties existent (principe de spécialité de l'interception, contrôle du juge, durée de la mesure, formalisme, destruction des enregistrements...), les droits de la défense demeurent quasiment absents de ces textes³⁹⁸³. Cette situation est compréhensible. Les écoutes valent uniquement en raison de leur caractère secret, c'est-à-dire non contradictoire³⁹⁸⁴. Mis à l'écart dans un but d'efficacité, les droits de la défense surviennent plus tard, à l'issue de la transcription des écoutes sous la forme de l'accès aux procès-verbaux et de leur discussion³⁹⁸⁵. Seule la correspondance utile à la manifestation de la vérité doit être mentionnée dans ces procès-verbaux d'écoutes. Des règles similaires s'appliquent aux sonorisations et fixations d'images de certains lieux et véhicules, mesures limitées aux instructions relatives à des infractions de criminalité organisée et plus encadrées que les interceptions téléphoniques³⁹⁸⁶. L'efficacité de ces actes coercitifs procède de leur clandestinité, de leur aspect secret. A l'instar des écoutes, les enregistrements sont transcrits dès leur obtention. Et à nouveau, les droits de la défense sont différés. Ils ne trouvent à s'appliquer qu'après les opérations de transcription, lors de la présentation des procès-verbaux aux mis en cause en vue de leur discussion.

³⁹⁸¹ Rapport préc., p. 67 et s., not. p. 69. Le groupe de réflexion considère néanmoins que la loi doit prévoir expressément « l'interdiction de toute question de l'enquêteur et même de toute déclaration du mis en cause "perquisitionné", provoquée ou spontanée ». Une notification au suspect de l'obligation de garder le silence serait opportune. La reconnaissance des objets saisis n'interviendrait que dans les locaux de police ou de gendarmerie, sous la forme d'une audition avec l'assistance d'un avocat.

³⁹⁸² C. GINESTET, *op. cit.*, n°795, p. 633.

³⁹⁸³ Seuls les articles 100-5, al. 3 (interdiction de transcrire les correspondances avec un avocat) et 100-7, al. 2 du C.P.P. (interdiction des interceptions pratiquées sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile sans en avoir informé au préalable le bâtonnier), assurent une certaine protection aux droits de la défense.

³⁹⁸⁴ C. GINESTET, *op. cit.*, n°809, p. 643.

³⁹⁸⁵ *Ibid.*

³⁹⁸⁶ Sur cette similitude des règles applicables, V. les articles 706-100 et 706-101 du C.P.P. Le Conseil constitutionnel a formulé une réserve d'interprétation au sujet de ce dernier texte. En effet, « l'article 706-101 nouveau du Code de procédure pénale limite aux seuls enregistrements utiles à la manifestation de la vérité le contenu du procès-verbal, établi par le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui, qui décrit ou transcrit les images ou les sons enregistrés ; que, dès lors, le législateur a nécessairement entendu que les séquences de la vie privée étrangères aux infractions en cause ne puissent en aucun cas être conservées dans le dossier de la procédure » : C.C., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, préc., cons. 65.

805. Soutenir que l'intensité de la coercition accroît les droits de la défense laisse présager que ces droits s'épanouissent avec les mandats de justice, tant ces actes présentent une valeur coercitive élevée. Or ce n'est manifestement pas le cas. Qu'il s'agisse des mandats décernés par le juge d'instruction, c'est-à-dire les mandats d'amener, de recherche et d'arrêt³⁹⁸⁷ ou bien le mandat de dépôt délivré par le juge des libertés et de la détention, ils ne sont pas soumis au respect des droits de la défense. Le Code de procédure pénale ne subordonne pas la délivrance de ces mandats à la tenue d'un débat contradictoire³⁹⁸⁸. Les dispositions légales n'imposent pas non plus que l'avocat de la personne intéressée soit présent au moment de la rédaction de l'acte³⁹⁸⁹. Surprenante du point de vue des principes, pareille situation s'explique en pratique. Ces mandats ont pour fonction d'interpeller un suspect en le recherchant, le cas échéant, car celui-ci a pu prendre la fuite. Il paraît peu envisageable, voire impossible (hypothèse de la fuite) d'appliquer les droits précités lors de la délivrance du mandat. En revanche, ces droits pourront être effectifs après la saisie de l'individu et sa présentation au juge. Ils se retrouvent donc nécessairement une fois l'acte coercitif exécuté³⁹⁹⁰.

806. Même si l'émission d'un mandat d'arrêt européen demeure une décision unilatérale et non contradictoire, celui-ci se distingue pourtant par la place qu'il réserve aux droits de la défense. Il montre que plus l'acte est coercitif, plus ces droits se renforcent. Les articles 695-27 et suivants du C.P.P. régissent sa procédure d'exécution. Toute personne appréhendée en exécution de ce mandat doit être conduite dans les quarante-huit heures devant le procureur général territorialement compétent. Pendant ce délai, les dispositions des articles 63-1 à 63-7 du C.P.P. sont applicables³⁹⁹¹. Depuis la loi n°2014-535 du 27 mai 2014, qui a inséré un article 803-6 dans le Code de procédure pénale, tout suspect privé de liberté reçoit un document lui énonçant, dans des termes simples, accessibles et dans une langue qu'il comprend, ses droits lors de la notification de sa privation de liberté (la déclaration des droits)³⁹⁹². Amenée devant le procureur général, la personne arrêtée se voit informée de l'existence

³⁹⁸⁷ Art. 122 du C.P.P. Le mandat de comparution est volontairement passé sous silence dans la mesure où il ne constitue pas un acte coercitif. Il a uniquement pour objet « de mettre en demeure la personne à l'encontre de laquelle il est décerné de se présenter devant le juge à la date et à l'heure indiquées par ce mandat » (art. 122, al. 4 du C.P.P.).

³⁹⁸⁸ Hors l'hypothèse du placement en détention provisoire, puisque dans ce cas le mandat de dépôt fait corps avec l'ordonnance de placement en détention.

³⁹⁸⁹ En ce sens, C. GINESTET, *op. cit.*, n°805, p. 640.

³⁹⁹⁰ Ainsi le mandat de recherche donne lieu à une garde à vue. La personne suspectée pourra alors s'entretenir avec un avocat dès le début de la mesure. Pour les autres mandats, si la personne saisie se voit ensuite mise en examen, elle pourra désigner un conseil, lequel aura accès au dossier de la procédure.

³⁹⁹¹ Art. 695-27, al. 1 du C.P.P., dans sa rédaction issue de la loi n°2013-711 du 5 août 2013 (J.O. du 6 août 2013, p. 13338) ; Cass. crim., 1^{er} mars 2006, Bull. crim., n°62 ; A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 223, obs. S. ENDERLIN ; Cass. crim., 13 avril 2010, Bull. crim., n°68 ; D., 2010, act., p. 1214, obs. C. GIRAULT ; A.J. pénal, 2010, jurisp., p. 404, obs. G. ROYER ; Procédures, 2010, comm. n°290 (5^{ème} espèce), note A.-S. CHAVENT-LECLERE.

³⁹⁹² Ce document doit donc être remis à la personne arrêtée en vertu d'un mandat d'arrêt européen, mais aussi à celle placée en garde à vue ou en détention provisoire. Il mentionne les droits suivants : droit d'être informé de la qualification, de la date et du lieu de l'infraction, droit au silence, droit à l'assistance d'un avocat, droit à l'interprétation et à la traduction, droit d'accès aux pièces du dossier (en fonction de l'étape de la procédure), droit de faire informer un tiers et les autorités consulaires pour un ressortissant étranger, droit à un examen médical, durée de la privation de liberté avant de comparaître devant une autorité judiciaire, droit de connaître les modalités de contestation de la légalité de l'arrestation, d'obtenir un réexamen de sa privation de liberté ou de demander sa mise en liberté.

et du contenu du mandat d'arrêt européen dont elle fait l'objet³⁹⁹³. Elle est également prévenue qu'elle peut être assistée par un avocat de son choix ou par un avocat commis d'office par le bâtonnier, contacté sans délai et par tout moyen. L'individu recherché peut du reste s'entretenir immédiatement avec l'avocat désigné, lequel dispose du droit de consulter le dossier³⁹⁹⁴. Il est enfin informé de sa faculté de consentir ou de s'opposer à sa remise à l'autorité judiciaire de l'Etat membre d'émission et des conséquences juridiques résultant de ce consentement. Dans l'attente de sa comparution devant la chambre de l'instruction, qui doit avoir lieu dans un délai de cinq jours ouvrables à compter de la date de sa présentation au procureur général³⁹⁹⁵, celui-ci peut être incarcéré, astreint à une ou plusieurs mesures relevant du contrôle judiciaire ou être assigné à résidence avec surveillance électronique afin de s'assurer de sa présence³⁹⁹⁶.

807. La chambre criminelle veille à ce que ces prescriptions législatives, protectrices des droits de la défense, soient scrupuleusement observées. Elle a posé que « toute personne recherchée aux fins d'exécution d'un mandat d'arrêt européen et bénéficiant de l'aide juridictionnelle, a le droit de se faire assister gratuitement d'un interprète pour s'entretenir, dans une langue qu'elle comprend, avec l'avocat commis afin de préparer sa défense »³⁹⁹⁷. Au visa des articles préliminaire, 695-27 et 695-29 du C.P.P. et 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, elle a considéré « qu'une personne recherchée aux fins d'exécution d'un mandat d'arrêt européen doit disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense devant la chambre de l'instruction »³⁹⁹⁸. Après avoir relevé que le demandeur au pourvoi « n'était pas assisté d'un avocat au moment de son interrogatoire par le procureur général », la Cour de cassation souligne qu'il « a comparu devant la chambre de l'instruction dans un délai n'ayant pas permis à l'avocat commis d'office, désigné la veille, d'être en mesure de déposer en temps utile un mémoire » et conclut à la violation des textes visés et du principe posé³⁹⁹⁹.

³⁹⁹³ Art. 695-27, al. 2 du C.P.P.

³⁹⁹⁴ Un formalisme protecteur est prévu par le texte afin de s'assurer que le procureur général a communiqué ces différentes informations à la personne concernée : « mention de ces informations est faite, à peine de nullité de la procédure, au procès-verbal » (art. 695-27, al. 3 du C.P.P.).

³⁹⁹⁵ Art. 695-29 du C.P.P.

³⁹⁹⁶ Art. 695-28 du C.P.P.

³⁹⁹⁷ Cass. crim., 8 déc. 2010, Bull. crim., n°199 ; D., 2011, act., p. 167 (cassation au visa des articles 5 et 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme). Sur le caractère contradictoire de la procédure d'exécution, D. VANDERMEERSCH, Le mandat d'arrêt européen et la protection des droits de l'homme, R.D.P.C., 2005, p. 219 et s., spéc. p. 231.

³⁹⁹⁸ Cass. crim., 12 mars 2008, Inédit, n°08-81178 et 08-81179 ; Rev. sc. crim., 2008, p. 923, obs. R. FINIELZ. Cette formulation a été reprise – mot pour mot – dans un arrêt ultérieur, rendu au visa des mêmes textes : Cass. crim., 22 juill. 2009, Bull. crim., n°143 ; D., 2009, p. 2111, obs. S. LAVRIC ; Dr. pénal, 2009, comm. n°130, note A. MARON et M. HAAS ; Procédures, 2009, comm. n°328, note J. BUISSON ; A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 417, obs. G. ROUSSEL ; Cass. crim., 15 nov. 2011, Bull. crim., n°232 (2 arrêts, cassation), précisant « qu'en matière de mandat d'arrêt européen, le mémoire peut être déposé le jour de l'audience lorsque la personne recherchée et son avocat n'ont pas été, l'un et l'autre, avisés de la date d'audience dans le délai prévu par l'article 197 du même code (...) ».

³⁹⁹⁹ *Ibid.* Le commentateur de ces arrêts (R. FINIELZ, obs. sur Cass. crim., 12 mars 2008, préc., p. 923, spéc. p. 924) signale qu'« attentive au respect des droits de la défense, la chambre criminelle avait jusqu'à présent, dans les pourvois formés dans cette matière, écarté le grief de violation de ces droits lié à la brièveté du délai de comparution », mais que dans cette espèce, elle (...) « a estimé devoir sanctionner le caractère non effectif de l'exercice des droits de la défense ». Il faut se réjouir de cette évolution, les droits de la défense devant être sauvegardés dans la mesure où ils constituent une contrepartie essentielle

808. Elle a encore fait prévaloir les droits de la défense sur la règle édictée à l'article 198 du C.P.P., qui veut, selon une interprétation constante⁴⁰⁰⁰, qu'un mémoire soit déposé, à peine d'irrecevabilité, au greffe de la chambre de l'instruction au plus tard la veille de l'audience. Elle a jugé ce texte inapplicable lorsque cette juridiction statue en matière de mandat d'arrêt européen et que la personne recherchée et son avocat n'ont pas été avisés de la date d'audience dans les formes et délai prévus par l'article 197 du C.P.P.⁴⁰⁰¹. Vu le degré de contrainte de cet acte, il est heureux que « la Cour de cassation vérifie que les conditions d'exécution du mandat d'arrêt européen par les juridictions françaises sont bien conformes aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme »⁴⁰⁰².

809. La détention provisoire illustre enfin parfaitement l'opinion suivant laquelle les droits de la défense sont amplifiés dès lors que la coercition de l'acte s'intensifie. Eminemment coercitive, cette mesure a connu un renforcement constant des droits de la défense depuis deux siècles⁴⁰⁰³. L'une des manifestations principales de ce renforcement a trait au développement du contradictoire en ce domaine. Le respect de ce principe s'est imposé avec la loi du 9 juillet 1984, qui a introduit un débat contradictoire entre la défense et le parquet avant tout placement en détention provisoire⁴⁰⁰⁴. Aux termes de l'article 145, alinéa 7, du C.P.P., celui-ci peut être différé, la personne poursuivie ayant le droit de demander un délai pour préparer sa défense. Le juge des libertés et de la détention peut alors ordonner l'incarcération provisoire du mis en examen pour une durée qui ne saurait excéder quatre jours ouvrables. Dans ce délai, le débat contradictoire doit avoir lieu. Il peut se tenir en public si le mis en examen est majeur⁴⁰⁰⁵. Il faut également l'organiser avant la prolongation de la détention, mais

au caractère coercitif de la procédure d'exécution du mandat d'arrêt européen. Celle-ci reste « une mesure coercitive impliquant la privation de liberté ou, dans le meilleur des cas, une restriction de la liberté de la personne recherchée » : D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 235 ; R. KOERING-JOULIN, Mandat d'arrêt européen et protection des droits fondamentaux, Mélanges J. HAUSER, Dalloz-LexisNexis, 2012, p. 193 et s., spéc. n°6, p. 196.

⁴⁰⁰⁰ V. par ex., Cass. crim., 20 oct. 1966, Bull. crim., n°234 ; Cass. crim., 20 janv. 1993, Bull. crim., n°29 ; Cass. crim., 16 mars 1999, Bull. crim., n°39 ; Cass. crim., 30 mars 2005, Bull. crim., n°104.

⁴⁰⁰¹ Cass. crim., 22 juill. 2009, préc. Cette solution doit être approuvée : les droits de la défense auraient été méconnus si le dépôt du mémoire avait été jugé irrecevable en raison de son caractère tardif, alors que la personne recherchée et son avocat avaient été avisés de la date de l'audience la veille de celle-ci !

⁴⁰⁰² V. MALABAT, Confiance mutuelle et mise en œuvre du mandat d'arrêt européen, *in* Justices et droit du procès, Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges S. GUINCHARD, Dalloz, 2010, p. 975 et s., spéc. p. 981. V. aussi, R. KOERING-JOULIN, *op. cit.*, n°8, p. 198 et 199, se fondant sur un arrêt du 18 août 2010, où la Cour de cassation a censuré une chambre de l'instruction d'avoir répondu à une personne recherchée en Espagne pour ses activités terroristes qu'il ne lui appartenait pas d'apprécier si les poursuites la visant reposaient sur des déclarations d'autres personnes obtenues sous la torture. Sur le principe de confiance mutuelle : Cass. crim., 28 fév. 2012, Bull. crim., n°56. Pour un autre exemple de protection, V. Cass. crim., 17 nov. 2009, Procédures, 2010, comm. n°56, obs. J. BUISSON, à propos de l'article 695-32, 1° du C.P.P., relatif au droit de la personne recherchée de former opposition contre le jugement fondant le mandat d'arrêt européen.

⁴⁰⁰³ V. M.-H. RENAUT, Innovation pour les droits de la défense ou retour partiel au Code napoléon ? La détention provisoire et le juge de la détention, *Dr. pénal*, 1999, chron. n°26.

⁴⁰⁰⁴ Art. 145 du C.P.P. ; V. J. NORMAND, Rapport de synthèse, *in* Regards sur la défense pénale, *Liber amicorum* V. DURTETTE, Mare et martin, Droit et science politique, 2009, p. 259 et s., spéc. p. 267 et 266, évoquant « un affermissement » des droits de la défense.

⁴⁰⁰⁵ Art. 145, al. 6 et 199, al. 2 du C.P.P. La chambre criminelle a cependant vidé de son contenu cette exigence de publicité, étant donné que son inobservation suppose la preuve d'un grief pour être sanctionnée : Cass. crim., 25 juill. 2007, Bull. crim., n°187, préc.

aussi en cas d'assignation à résidence avec surveillance électronique⁴⁰⁰⁶. Il se trouve en revanche écarté en cas de contrôle judiciaire⁴⁰⁰⁷ ou dans quelques hypothèses spécifiques⁴⁰⁰⁸ et en cas de demande de mise en liberté⁴⁰⁰⁹. Dans ce dernier cas, l'appel demeure possible devant la chambre de l'instruction où se déroulera un débat contradictoire. La procédure de cette juridiction est aujourd'hui « organisée autour de l'idée essentielle de respect de la contradiction »⁴⁰¹⁰.

810. Les droits de la défense semblent bénéficier d'une protection effective en matière de détention provisoire. Sans doute certaines solutions témoignent du contraire ou, tout au moins, tempèrent cette idée⁴⁰¹¹. Mais appliqué à cet acte, leur exercice demeure, dans l'ensemble, garanti de manière satisfaisante. Il est veillé à ce que l'avocat – ou le premier choisi en cas de pluralité d'avocats – du mis en examen soit bel et bien convoqué au débat sur la prolongation de la détention afin de pouvoir y

⁴⁰⁰⁶ Décidée par ordonnance motivée du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention, cet acte nécessite un débat contradictoire préalable, conformément à l'article 145 du C.P.P. : art. 142-6 du C.P.P.

⁴⁰⁰⁷ Sauf pour les mineurs de moins de seize ans, l'article 10-2, III, prévoyant *in fine* que le juge des enfants, le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention statue sur le placement sous contrôle judiciaire en audience de cabinet, après un débat contradictoire au cours duquel il entend les réquisitions du parquet, puis les observations du mineur ainsi que celles de son avocat. L'absence de débat contradictoire pour la mise sous contrôle judiciaire des majeurs, mesure restrictive de liberté, montre, là encore, que les droits de la défense se renforcent avec l'intensification de la coercition, puisque ce débat devient obligatoire en matière de détention provisoire, mesure privative de liberté, donc davantage coercitive.

⁴⁰⁰⁸ Par exemple, dans l'hypothèse où il apparaît, en cours d'information, que la qualification criminelle ne peut être retenue : Cass. crim., 11 mai 2010, Bull. crim., n°77. V. aussi, mais avant la censure prononcée par le juge constitutionnel des dispositions régissant la réserve du contentieux de la détention par la chambre de l'instruction (C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, n°2010-81, préc.) : Cass. crim., 26 oct. 2004, Bull. crim., n°253 ; Procédures, 2005, comm. n°20, note J. BUISSON.

⁴⁰⁰⁹ Art. 148 et 148-1 du C.P.P. L'absence de débat contradictoire préalable à l'ordonnance de rejet de mise en liberté rendue par le juge des libertés et de la détention n'est pas contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans la mesure où le détenu peut à tout moment déposer une nouvelle demande de mise en liberté et déférer toute ordonnance rejetant cette demande à la chambre de l'instruction qui statue selon une procédure conforme aux exigences de l'article 5 §4 de la Convention : Cass. crim., 26 fév. 2003, Bull. crim., n°55.

⁴⁰¹⁰ D. GUERIN, Chambre de l'instruction et défense du « mis en examen », in Regards sur la défense pénale, *Liber amicorum* V. DURTETTE, Mare et martin, Droit et science politique, 2009, p. 53 et s., spéc. p. 59 ; Adde, B. BOULOC, L'avocat et la défense pénale, in Regards sur la défense pénale, *Liber amicorum* V. DURTETTE, Mare et martin, Droit et science politique, 2009, p. 21 et s., spéc. p. 30.

⁴⁰¹¹ V. entre autres, Cass. crim., 3 juin 2003, A.J. pénal, 2003, jurisp., p. 71, obs. J. C. (confusion dans un titre de détention) ; Cass. crim., 18 déc. 2007, Bull. crim., n°313 ; A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 142, obs. G. ROYER et Cass. crim., 18 mars 2008, Bull. crim., n°67 ; A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 241, obs. S. LAVRIC ; Cass. crim., 12 juin 2013, Bull. crim., n°138 ; Procédures, 2013, comm. n°259 (1^{ère} espèce), note critique A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Cass. crim., 25 fév. 2014, Bull. crim., n°51 ; Gaz. pal., 11-13 mai 2014, n°131 à 133, p. 43, obs. F. FOURMENT ; Procédures, 2014, comm. n°124, obs. J. BUISSON, jugeant que les parties doivent faire connaître l'avocat destinataire des convocations lorsqu'elles en désignent plusieurs et, à défaut de ce choix, celles-ci seront adressées à l'avocat premier choisi. Ces arrêts montrent la rigidité dont fait preuve la chambre criminelle lorsque le mis en examen change d'avocat au cours de l'instruction. Une nouvelle convocation à ce second conseil n'est pas nécessaire si sa désignation a été irrégulière, quitte à priver le mis en examen de l'effectivité de son droit à un débat contradictoire. Dans un arrêt récent, celle-ci pose qu'il se déduit de l'article 145 du C.P.P. que lorsque, devant le juge des libertés et de la détention saisi aux fins de placement en détention provisoire du mis en examen, celui-ci, assisté de son conseil, sollicite un délai pour préparer sa défense, et qu'un débat différé est en conséquence aussitôt fixé à date et heure déterminées, le greffier n'est pas tenu d'adresser un autre avis à avocat en vue de ce débat : Cass. crim., 17 déc. 2013, Bull. crim., n°258 ; A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 304, obs. G. ROYER, prononçant la cassation de l'arrêt de la chambre de l'instruction qui, pour prononcer la nullité du débat contradictoire préalable à la mise en détention et du titre de détention subséquent, retient que l'avocat désigné par le mis en examen devant le juge d'instruction, comme étant celui auquel seront adressées les convocations et notifications, n'a pas été convoqué pour le débat différé, alors que l'avocat, désigné en second lieu, qui assistait le mis en examen lors de sa première comparution devant le juge des libertés et de la détention, avait été immédiatement informé des jour et heure de la tenue du débat différé. Cependant, si le premier avocat se trouve remplacé par un deuxième avocat, valablement désigné par le mis en examen dans les formes prévues par l'article 115 du C.P.P., et que ce second conseil n'est pas convoqué au débat contradictoire relatif à la prolongation de la détention, de sorte que le mis en examen n'a pas été assisté lors de son déroulement, la procédure est irrégulière : Cass. crim., 20 août 2014, n°14-83699, E.C.P.B. (cassation).

assister⁴⁰¹². Cette convocation obéit à des délais stricts. Leur méconnaissance engendre la nullité de la décision prise et, le cas échéant, la mise en liberté d'office de l'intéressé⁴⁰¹³. Ces délais permettent aux parties et à leurs avocats de prendre connaissance du dossier en temps voulu et de produire des observations à l'audience⁴⁰¹⁴. Respecter les droits de la défense commande justement de mettre à la disposition de l'avocat du mis en examen l'entier dossier de l'information⁴⁰¹⁵.

811. En outre, la présence du détenu provisoire à l'audience de la chambre de l'instruction qui examine son appel interjeté contre l'ordonnance de prolongation de la détention s'impose, s'il en a fait la demande, sauf circonstances imprévisibles et insurmontables⁴⁰¹⁶. Une vigilance particulière s'attache encore au respect du caractère contradictoire de la procédure du point de vue des apparences. Ainsi ce principe a pu être violé lorsque le parquet reste à l'issue du débat, porte fermée, pendant quelques minutes avec le jugé chargé de statuer sur la détention hors la présence du mis en examen et de son avocat. En sanctionnant systématiquement cette attitude équivoque⁴⁰¹⁷, la jurisprudence assure une protection effective au contradictoire⁴⁰¹⁸. La détention provisoire montre que plus l'acte est

⁴⁰¹² Peu importe que l'appelant n'ait pas revendiqué la présence de son avocat lors de ce débat. V. CA Basse-Terre, 29 janv. 2004, A.J. pénal, 2004, jurisp., p. 205, obs. J. COSTE ; Cass. crim., 4 déc. 2007, Bull. crim., n°297 ; A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 95, obs. S. LAVRIC (cassation), posant que « l'absence de convocation de l'avocat au débat contradictoire ayant empêché celui-ci d'assister le demandeur, portait nécessairement atteinte aux intérêts de celui-ci » ; Cass. crim., 8 janv. 2013, Bull. crim., n°5 ; Procédures, 2013, comm. n°82, obs. J. BUISSON ; Cass. crim., 8 janv. 2013, Bull. crim., n°6 ; Cass. crim., 3 déc. 2013, Bull. crim., n°243 ; L. SAENKO, La liberté comme sanction, Dr. pénal, 2014, Etude n°9, not. n°11, approuvant une solution « cohérente, réalise » et « juste », la régularité de la convocation de l'avocat devant englober « la convocation et la preuve de sa bonne réception » ; Cass. crim., 20 mai 2014, n°14-81429, E.C.P.B. (cassation pour insuffisance de motifs).

⁴⁰¹³ Cass. crim., 23 fév. 2000, Dr. pénal, 2000, comm. n°120, note A. MARON ; Cass. crim., 9 mai 2001, Bull. crim., n°111 ; Cass. crim., 5 sept. 2001, Bull. crim., n°173 ; Cass. crim., 9 oct. 2007, Inédit, n°07-84843 ; D. GUERIN, Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2009, chron. préc., spéc. n°26 ; Cass. crim., 10 déc. 2008, Bull. crim., n°251 ; A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 84, obs. M.-E. C., pour la nullité d'un placement en détention. Les délais doivent en plus être respectés pour les demandes de mise en liberté (quarante-huit heures minimum entre la notification de la date à laquelle sera appelée l'affaire devant la chambre de l'instruction et l'audience) : Cass. crim., 7 juill. 2005, Bull. crim., n°203 ; Cass. crim., 27 nov. 2012, Bull. crim., n°256.

⁴⁰¹⁴ Sur ce point, D. GUERIN, *op. cit.*, p. 59 et 60. Pour une étude exhaustive des fondements du droit de communication du dossier pénal aux défenseurs des parties privées : C. RIBEYRE, La communication du dossier pénal, P.U.A.M., 2007, préf. P. MAISTRE DU CHAMBON, spéc. n°130 et s., p. 129 et s.

⁴⁰¹⁵ Cass. crim., 19 sept. 2006, Dr. pénal, 2006, comm. n°164, note A. MARON ; Cass. crim., 11 mai 2010, Bull. crim., n°76 ; A.J. pénal, 2010, jurisp., p. 448, obs. L. ASCENSI ; D., 2010, chron., p. 1659, n°5, obs. E. DEGORCE ; Cass. crim., 6 nov. 2013, Bull. crim., n°214 ; A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 79, obs. L. BELFANTI ; Procédures, 2014, comm. n°21, note A.-S. CHAVENT-LECLERE (cassation : nécessité pour la chambre de l'instruction de soumettre à un débat contradictoire les pièces non versées au dossier). Sur l'obligation de communiquer un dossier complet et ses exceptions, C. RIBEYRE, *op. cit.*, n°190 et s., p. 172 et s.

⁴⁰¹⁶ Cass. crim., 17 mars 2009, Bull. crim., n°56 ; A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 233, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; D. GUERIN, Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2010, chron. préc., spéc. n°35 (hospitalisation de l'intéressé le jour de l'audience). V. avant, Cass. crim., 28 avril 1998, Bull. crim., n°143 ; Dr. pénal, 1998 chron. n°29 par V. LESCLOUS et C. MARSAT (barrages routiers empêchant la circulation : circonstance insurmontable ayant fait obstacle à la présence de l'intéressé au débat contradictoire). V. aussi, E. DE LA LANCE, Le juge pénal (...), *op. cit.*, p. 136 et les arrêts cités.

⁴⁰¹⁷ Cass. crim., 19 sept. 1990, Bull. crim., n°317 ; D., 1991, jurisp., p. 91, note D. MAYER ; Cass. crim., 26 oct. 1993, Bull. crim., n°314 ; Cass. crim., 4 juin 2009, Bull. crim., n°113, préc. En revanche, l'entretien du magistrat du parquet avec le juge des libertés et de la détention juste avant la tenue du débat contradictoire, et ce, hors la présence de la défense, ne porte pas atteinte au principe du contradictoire ; ce seul fait ne pouvant « faire naître, dans l'esprit de la personne mise en examen, un doute objectivement justifié quant au respect de ce principe, dont, au demeurant, l'intéressé n'a pas invoqué la violation » : Cass. crim., 9 juill. 2003, Bull. crim., n°135 ; D., 2004, somm. comm., p. 669, obs. J. PRADEL.

⁴⁰¹⁸ Aussi l'arrêt ayant décidé que le représentant du parquet peut quitter le débat contradictoire après avoir pris ses réquisitions, mais avant la fin de celui-ci, apparaît contestable. Il « procède d'une conception étroite du principe du contradictoire » (R. FINIELZ, obs. sur Cass. crim., 12 mai 2009, préc., Rev. sc. crim., 2009, p. 863, not. p. 865).

coercitif, plus il demeure soumis aux droits de la défense. Sa soumission s'avère donc graduelle. Elle se montre, par ailleurs, grandissante à l'heure actuelle.

2°- Une soumission grandissante

812. Les droits de la défense ont fait l'objet d'un affermissement au fil du temps. Apparus au cours de l'instruction avec la loi Constans du 8 décembre 1897, celle-ci a permis à l'inculpé d'être assisté d'un conseil lors des interrogatoires, l'avocat pouvant avoir accès au dossier avant tout nouvel interrogatoire et recevant notification des ordonnances juridictionnelles⁴⁰¹⁹. L'affirmation des droits de la défense par l'article 6 §3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et le contrôle de leur respect par les organes de Strasbourg ont joué un rôle considérable dans ce développement⁴⁰²⁰. Se dessine depuis une évolution inéluctable qui consiste à les renforcer⁴⁰²¹. Les lois du 4 janvier et du 24 août 1993 ont autorisé l'avocat à entrer dans les locaux de garde à vue et à s'entretenir trente minutes avec le suspect à l'issue de la vingtième heure de la mesure⁴⁰²². Elles ont admis son intervention plus tôt dans la procédure, durant la phase policière. De nombreuses « zones grises » subsistent, certes, en ce qui concerne les droits de la défense⁴⁰²³. Il suffit de songer à leur affaiblissement lors de l'enquête menée sur une infraction relevant de la criminalité organisée⁴⁰²⁴ ou à l'obligation de prouver un grief en cas d'irrégularité entachant les perquisitions et saisies en vue d'en obtenir l'annulation⁴⁰²⁵. Mais, globalement, ils se renforcent de façon sensible sous la pression conjuguée des exigences constitutionnelles et européennes⁴⁰²⁶. Longtemps opposé aux parties privées non assistées par un

⁴⁰¹⁹ Sur les apports de cette loi : J. PRADEL, Centenaire de la loi du 8 décembre 1897 sur la défense avant jugement pénal : essai d'un bilan, D., 1997, chron., p. 375 et s., not. n°1, p. 375 ; B. BOULOC, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁰²⁰ V. entre autres, CEDH, 9 avril 1984, *Goddi / Italie*, n°8966/80, not. §27 et 30 à 32. Sur la question, F. BOULAN, La conformité de la procédure pénale française avec la Convention européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, spéc. n°38, p. 38 ; L.-E. PETTITI, Les droits de l'inculpé et de la défense selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Mélanges G. LEVASSEUR, Gazette du Palais-Litec, 1992, p. 249 et s.

⁴⁰²¹ Ce qui mérite d'être salué, car les droits de la défense contribuent à la sauvegarde des libertés individuelles. V. pourtant, J. PRADEL, La montée des droits (...), *op. cit.*, p. 238 à 240, dénonçant les dangers d'un développement excessif des droits du délinquant pour l'intérêt social. Rapp., L. HUGUENEY, Les droits de la défense (...), *op. cit.*, p. 195 et 196.

⁴⁰²² Ces lois de 1993 ont également accordées aux parties le droit de formuler des demandes d'actes au cours de l'information (art. 82-1 du C.P.P.), ce qui a introduit « une plus large contradiction » : V. B. BOULOC, De quelques transformations de l'instruction préparatoire, R.P.D.P., 2000, p. 39 et s., spéc. p. 42 et 44.

⁴⁰²³ J. NORMAND, *op. cit.*, p. 269 et s. ; T. LEVY, Les faiblesses de la défense en matière pénale, in Regards sur la défense pénale, *Liber amicorum* V. DURTETTE, Mare et martin, Droit et science politique, 2009, p. 71 et s. ; S. GUINCHARD, Quels principes directeurs pour les procès de demain ?, Mélanges J. VAN COMPENOLLE, Bruylant, 2004, p. 201 et s., spéc. p. 236.

⁴⁰²⁴ V. D. MIEN, J.-F. BARRE, Reste-t-il des droits de la défense en phase d'enquête ?, A.J. pénal, 2004, dossier, p. 235 et s.

⁴⁰²⁵ V. not., Cass. crim., 17 sept. 1996, Bull. crim., n°316, préc., pour les perquisitions. Il faut toutefois réserver le cas d'une perquisition domiciliaire accomplie en dehors des heures légales (art. 59 du C.P.P.) ou celui d'une perquisition opérée sans le consentement de l'intéressé en enquête préliminaire ; Cass. crim., 21 mars 1995, préc., pour les saisies, les normes qui les gouvernent n'étant pas d'ordre public. Cette extension du domaine des nullités subordonnées à la preuve d'un grief important, prend place dans « le cadre d'une politique de sécurité des procédures » : G. CLEMENT, Regards sur les nullités en matière pénale, in Regards sur la défense pénale, *Liber amicorum* V. DURTETTE, Mare et martin, Droit et science politique, 2009, p. 99 et s., spéc. p. 121. Sur cette érosion contestable des nullités, V. *supra*, n°610 et s.

⁴⁰²⁶ V. par ex., l'évolution du droit à l'assistance d'un défenseur lorsque le prévenu régulièrement convoqué s'abstient de se présenter à l'audience correctionnelle : Cass. crim., 10 janv. 1991, Bull. crim., n°21 ; Cass. crim., 21 juin 1995, Bull. crim., n°230 (l'avocat présent ne peut être entendu). Puis, condamnant cette position : CEDH, 23 nov. 1993, *Poitrinol / France*, n°14032/88, §34 et 35 ; Rev. sc. crim., 1994, p. 370, obs. L.-E. PETTITI ; CEDH, 22 sept. 1994, *Lala / Pays-Bas*,

avocat⁴⁰²⁷, le refus de leur délivrer copie de tout ou partie des actes et pièces du dossier d'instruction a été abandonné avec la loi du 27 mai 2014, qui réécrit l'article 114, alinéa 4, du C.P.P.⁴⁰²⁸. L'avancée des droits à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales contribue aussi à une telle évolution⁴⁰²⁹.

813. Cette progression générale gagne l'acte coercitif. Permettant de l'encadrer davantage, celui-ci ne peut lui échapper. Comme les droits de la défense participent à la préservation des libertés individuelles, il s'avère indispensable d'offrir « une bonne défense » aux personnes subissant un acte coercitif⁴⁰³⁰. Aussi l'article 5 §2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales précise que toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre

n°14861/89, §30 à 35 et CEDH, 22 sept. 1994, *Pelladoah / Pays-Bas*, n°16737/90, §37 à 42 ; J.C.P., 1995, I, 3823, n°29, obs. F. SUDRE ; CEDH, 23 mai 2000, *Van Pelt / France*, n°31070/96, §67 à 70 ; J.C.P., 2001, I, 291, n°29, obs. F. SUDRE ; D., 2001, jurispr., p. 429, note F. MASSIAS. V. enfin, pour le revirement : Cass. Ass. plén., 2 mars 2001, Bull. crim., n°56 ; Procédures, 2001, comm. n°134, note J. BUISSON ; Cass. crim., 16 mai 2001, Bull. crim., n°127 ; Cass. crim., 12 mars 2003 (2 arrêts), Bull. crim., n°66 et 67 ; Cass. crim., 23 oct. 2007, Bull. crim., n°251 ; A.J. pénal, 2008, jurispr., p. 39, obs. C. GIRAULT. Sur la question, D.-N. COMMARET, La défense du prévenu absent, Rev. sc. crim., 2003, p. 809 et s. La loi du 9 mars 2004 consacre ce revirement : art. 410, al. 3 du C.P.P. ; C. GAVALDA-MOULENAT, L'avocat face à ses nouvelles fonctions au sein du procès pénal. Quelle place pour la défense pénale ?, Dr. pénal, 2009, Etude n°5, spéc. n°11 à 18.

⁴⁰²⁷ Cass. crim., 4 janv. 1995, Bull. crim., n°1 ; Cass. crim., 22 janv. 2002, Inédit, n°00-82215 ; Cass. crim., 16 déc. 2009, Procédures, 2010, comm. n°92, obs. J. BUISSON. La Cour de Strasbourg a approuvé, au nom de la préservation du secret de l'instruction, l'absence de communication du dossier d'information aux parties civiles, non assistées par un avocat : CEDH, 1^{er} fév. 2005, *Frangy / France*, n°42270/98, §36 à 43 et CEDH, 14 juin 2005, *Menet / France*, n°39553/02, §48 à 53 ; J.C.P., 2005, I, 159, n°9, obs. F. SUDRE ; R.P.D.P., 2005, p. 969, obs. E. VERGES. Pour des critiques pertinentes : C. RIBEYRE, La communication du dossier d'instruction aux parties privées, J.C.P., 2006, I, 152, not. n°10 et s. ; E. GARÇON, La communication de l'information pénale, Dr. pénal, 2008, Etude n°15, spéc. n°23. *Adde*, C. AMBROISE-CASTEROT, Droits de la défense et secret de l'instruction, in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges S. GUINCHARD, Dalloz, 2010, p. 887 et s., spéc. p. 898 à 900.

⁴⁰²⁸ Art. 6 de la loi n°2014-535 du 27 mai 2014, modifiant l'article 114, al. 4 du C.P.P. : « Avant la première comparution ou la première audition, les avocats des parties ou, si elles n'ont pas d'avocat, les parties peuvent se faire délivrer copie de tout ou parties des pièces et actes du dossier ». Et le cinquième alinéa de ce texte d'ajouter : « Lorsque la copie a été directement demandée par la partie, celle-ci doit attester par écrit avoir pris connaissance des dispositions du sixième alinéa du présent article et de l'article 114-1 ». La diffusion auprès d'un tiers de la copie d'un acte ou d'une pièce d'un dossier d'instruction fait désormais encourir une amende de 10 000 euros (au lieu de 3750 euros), sauf le cas prévu à l'article 114, al. 6 du C.P.P. L'augmentation du montant de l'amende encourue en cas de violation du secret de l'instruction s'explique par la délivrance de copie du dossier aux parties.

⁴⁰²⁹ V. Art. préliminaire, III, §2 et 803-5 du C.P.P., tels qu'issus de la loi n°2013-711 du 5 août 2013 ; A.-S. CHAVENT-LECLERE, Adaptation de procédure pénale aux engagements européens : loi n°2013-711 du 5 août 2013, Procédures, 2013, Etude n°11, spéc. n°2 à 4. Cette loi transpose la directive 2010/64/UE du Parlement européen, adopté le 16 juin 2010 (D., 2010, act., p. 1559 ; C. NOURISSAT, Une première pour la procédure pénale : la directive du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, R.P.D.P., 2010, p. 935 et s.). V. aussi, le décret n°2013-958 du 25 oct. 2013, portant application des dispositions de l'article préliminaire et de l'article 803-5 du Code de procédure pénale relatives au droit à l'interprétation et à la traduction, J.O. du 27 oct. 2013, p. 17550 ; Procédures, 2013, comm. n°357, obs. (critiques) J. BUISSON ; R.P.D.P., 2014, chron., p. 225, obs. A. VARINARD ; Rev. sc. crim., 2014, chron., p. 402, obs. J.-P. PERRIER. On retiendra surtout que l'article D. 594-6 du C.P.P. énumère les décisions qui doivent être traduites en application des articles préliminaire et 803-5 du C.P.P. et énonce, notamment, « les décisions de placement en détention provisoire, de prolongation ou de maintien de la détention, ou de rejet d'une demande de mise en liberté et les ordres d'incarcération prononcés dans le cadre de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen ». Même si l'on peut regretter que des actes coercitifs échappent à la traduction, comme les décisions relatives au contrôle judiciaire, à l'assignation à résidence sous surveillance électronique ou les décisions de placement en détention en cas de procédure d'extradition (V. aussi, J.-B. PERRIER, obs. préc., spéc. p. 403), ce nouveau dispositif modifie sensiblement « des habitudes ancestrales qui consistaient à estimer que la personne de nationalité étrangère suspectée parlait suffisamment la langue française pour comprendre aisément ce qu'on lui notifiât par écrit » : C. GUERY, De la disparition du : « toi rester au trou », et de certaines des conséquences procédurales en découlant, A.J. pénal, 2013, p. 656 et s., spéc. p. 656 et 657.

⁴⁰³⁰ Expression de J. PRADEL, in *Vers des principes directeurs communs aux diverses procédures pénales européennes*, Mélanges G. LEVASSEUR, Gazette du Palais-Litec, 1992, p. 459 et s., spéc. p. 464.

elle⁴⁰³¹. Réformé et étendu par la loi n°2014-535 du 27 mai 2014, le droit à l'information demeure fondamental, car « comment se défendre efficacement quand on ignore tout des accusations portées contre soi »⁴⁰³² ? C'est l'arrêt *Fox, Campbell et Hartley / Royaume-Uni* du 30 août 1990, précité, qui a posé les principes régissant l'interprétation et l'application de l'article 5 §2 dans les cas d'arrestation. Il convient de fournir à l'individu arrêté les renseignements prévus par ce texte dans le plus court délai possible. Le policier, qui procède à l'arrestation, peut cependant refuser de les lui donner aussitôt en totalité. Pour déterminer si l'intéressé en a reçu assez et suffisamment tôt, il faut tenir compte des circonstances de l'espèce⁴⁰³³.

814. Le juge européen laisse ainsi une marge de manœuvre aux autorités policières dans la mise en œuvre du droit à l'information⁴⁰³⁴. Cette souplesse se reflète dans ses décisions dans la mesure où il aboutit souvent à un constat de non violation de l'obligation⁴⁰³⁵. S'il impose une information détaillée, il semble que celle-ci puisse être plus générale que dans le cadre de l'article 6 §3 a) de la Convention⁴⁰³⁶, interprété avec davantage de rigueur⁴⁰³⁷. Dans celui de l'article 5 §2, la personne arrêtée doit tout de même se voir notifier les raisons juridiques et factuelles de la privation de liberté afin de pouvoir, le cas échéant, en contester la légalité devant un juge. Pareille exigence donne lieu à diverses applications en droit interne. Elle concerne les actes coercitifs qui portent atteinte à la sûreté personnelle.

815. D'après l'article 78-3 du C.P.P., il incombe à l'O.P.J. d'informer la personne contrôlée de ses droits et de la mettre en mesure de les exercer lors de la vérification d'identité au poste de police. Avant sa censure par le juge constitutionnel⁴⁰³⁸, l'article 323 §3 du Code des douanes, qui prévoyait le déroulement de la retenue douanière, devait encore respecter les prescriptions de l'article 5 §2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, quels qu'aient été « le mutisme ou les réticences »

⁴⁰³¹ Ce texte est parfois méconnu, comme en matière d'arrestation provisoire aux fins d'extradition : R. KOERING-JOULIN, *Arrestation provisoire préalable (...)*, *op. cit.*, p. 681 et s. V. aussi, art. 6 §3 a) de la même Convention.

⁴⁰³² R. KOERING-JOULIN, *La chambre criminelle et les droits reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme à l'« accusé » avant jugement*, Mélanges G. LEVASSEUR, Gazette du Palais-Litec, 1992, p. 205 et s., spéc. p. 214 ; A. PENA, *Sûreté personnelle (...)*, *op. cit.*, p. 700. Pour une étude exhaustive, C. PORTERON, *Droit à l'information et procédure pénale. Contribution à l'étude des droits de la défense*, Septentrion, Thèse à la carte, 2003.

⁴⁰³³ §40 de l'arrêt : « Le paragraphe 2 de l'article 5 énonce une garantie élémentaire : toute personne arrêtée doit savoir pourquoi. Intégré au système de protection qu'offre l'article 5, il oblige à signaler à une telle personne, dans un langage simple accessible pour elle, les raisons juridiques et factuelles de sa privation de liberté, afin qu'elle puisse en discuter la légalité devant un tribunal en vertu du paragraphe 4. Elle doit bénéficier de ces renseignements "dans le plus court délai", mais le policier qui l'arrête peut ne pas les lui fournir en entier sur-le-champ. Pour déterminer si elle en a reçu assez et suffisamment tôt, il faut avoir égard aux particularités de l'espèce ».

⁴⁰³⁴ Dans le même sens : D. BATSELE, *Police et droits de l'homme : une nécessaire conciliation*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges P. LAMBERT, Bruylant, 2000, p. 51 et s., n°13, p. 63.

⁴⁰³⁵ V. par ex., CEDH, 30 août 1990, *Fox, Campbell et Hartley / Royaume-Uni*, préc., §42 et 43 ; CEDH, 11 juill. 2000, *Dikme / Turquie*, préc., §54 à 57 (solution tout autant contestable).

⁴⁰³⁶ J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen (...)*, *op. cit.*, n°257, p. 316 et les références en note n°190.

⁴⁰³⁷ V. à titre d'illustration, CEDH, 25 juill. 2000, *Mattoccia / Italie*, n°23969/94, not. §65, 67, 70 à 72. Rapp., R. KOERING-JOULIN, *op. et loc. cit.*, notant que « si aucune forme particulière n'est imposée par la jurisprudence européenne pour son information, son contenu (art. 6 §3 a), lui, n'est pas indifférent : l'accusé doit être informé des faits matériels à lui reprochés et de leur qualification juridique ».

⁴⁰³⁸ C.C., Q.P.C., 22 sept. 2010, n°2010-32, préc.

dont il a fait preuve à cet égard⁴⁰³⁹. Il est vrai que la chambre criminelle n'a jamais clairement affirmé l'applicabilité du droit à l'information de l'individu arrêté et soumis à cet acte privatif de liberté. Sans viser un texte en particulier, elle a néanmoins considéré que cette personne devait être informée de son placement en retenue douanière⁴⁰⁴⁰ et être interrogée dans une langue intelligible⁴⁰⁴¹. Selon toute vraisemblance, elle a même parfois contrôlé le respect de cette exigence conventionnelle⁴⁰⁴². Dans leur rédaction issue des lois du 14 avril 2011 et du 27 mai 2014, les articles 323-3 et 323-6 du Code des douanes prévoient désormais le droit à l'information de la personne placée en retenue douanière⁴⁰⁴³. Avant ces lois, la jurisprudence a aussi appliqué l'article 5 §2 de la Convention à la rétention relative au droit de visite *in corpore*, régi par l'article 60 *bis* du Code des douanes. Elle a instauré, en cas d'exécution de cette mesure et partant de la rétention qui lui est attachée, une obligation d'information immédiate malgré l'absence de texte en droit interne⁴⁰⁴⁴.

816. Dans sa rédaction issue de la loi du 15 juin 2000, l'article 63-1 du C.P.P. a imposé que toute personne placée en garde à vue soit informée de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête⁴⁰⁴⁵, de la durée de la mesure et reçoive notification des droits dont elle dispose au cours de celle-ci. Même après cette réforme, la conventionnalité du droit procédural français a été contestée au motif que le suspect gardé à vue devrait être informé, « non seulement de la nature juridique de l'infraction recherchée, mais encore de l'existence des indices et autres éléments relevés à son encontre et qui ont motivé la mesure policière »⁴⁰⁴⁶. Il est vrai qu'un minimum de précisions factuelles doit être fourni à l'intéressé, comme le laisse entendre la Cour européenne⁴⁰⁴⁷. Il faut encore que cette

⁴⁰³⁹ S. DETRAZ, La retenue douanière (...), *op. cit.*, n°24.

⁴⁰⁴⁰ Cass. crim., 22 oct. 2002, Bull. crim., n°191.

⁴⁰⁴¹ Cass. crim., 7 nov. 1994, Inédit, n°94-83431 (interrogatoires effectués en créole par les agents des douanes valides).

⁴⁰⁴² Cass. crim., 23 fév. 2005, Bull. crim., n°71, approuvant les juges du fond d'avoir estimé que les personnes poursuivies « avaient nécessairement connaissance des motifs de leur arrestation ».

⁴⁰⁴³ L'article 323-3 de ce Code précise que le parquet est avisé de la qualification des faits qui a été notifiée à la personne. S'il modifie la qualification, la nouvelle qualification est notifiée à la personne dans les conditions prévues à l'article 323-6. Modifié par la loi n°2014-535 du 27 mai 2014, ce dernier texte énonce que « la personne placée en retenue douanière est immédiatement informée par un agent des douanes, dans les conditions prévues à l'article 63-1 du C.P.P. : 1° De son placement en retenue ainsi que de la durée de la mesure et de la prolongation dont celle-ci peut faire l'objet ; 2° De la qualification, de la date et du lieu présumés de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre ainsi que des motifs justifiant son placement en retenue douanière en application de l'article 323-1 ; 3° Du fait qu'elle bénéficie des droits énoncés à l'article 323-5 du présent Code ; 4° Du fait qu'elle a le choix, après avoir décliné son identité, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ; 5° S'il y a lieu, du droit d'être assistée par un interprète ; 6° Du droit de consulter, au plus tard avant l'éventuelle prolongation de la retenue douanière, les documents mentionnés à l'article 63-4-1 du C.P.P. ; 7° De la possibilité de demander au procureur de la République, lorsque ce magistrat se prononce sur l'éventuelle prolongation de la retenue douanière, que cette mesure soit levée. Mention de l'information donnée en application du présent article est portée au procès-verbal et émargée par la personne retenue. En cas de refus d'émargement, il en est fait mention. En application de l'article 803-6 du C.P.P., un document énonçant ces droits est remis à la personne lors de la notification de sa retenue douanière ».

⁴⁰⁴⁴ Cass. crim., 30 juin 1999, Bull. crim., n°169 ; Cass. crim., 24 mai 2000, Bull. crim., n°201 ; Rapport de la Cour de cassation, 2000, La documentation française, 2001, p. 516 ; Dr. pénal, 2000, comm. n°133, note A. MARON. V. D. CARON, La garantie des droits (...), *op. cit.*, spéc. p. 228.

⁴⁰⁴⁵ La jurisprudence s'est montrée exigeante quant au respect de cette information : V. Cass. civ. 2^{ème}, 22 mai 2003, Dr. pénal, 2003, comm. n°104, note A. MARON.

⁴⁰⁴⁶ D. THOMAS, Le droit à la sûreté, *op. cit.*, n°532, p. 436.

⁴⁰⁴⁷ CEDH, 20 nov. 2008, *Maire d'Eglise / France*, préc., §61 à 63 (absence de violation de l'article 5 §2 de la Convention) ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2009, chron. préc., spéc. n°20 ; CEDH, 16 juin 2009, *Aytan et*

information intervienne dans le plus court délai possible⁴⁰⁴⁸. Modifié par la loi du 14 avril 2011, puis par celle du 27 mai 2014, l'article 63-1 prévoit désormais, dans son 2°, que le gardé à vue est immédiatement informé, dans une langue qu'il comprend, de la qualification, de la date et du lieu présumés de l'infraction qu'il est soupçonné d'avoir commise ou tenté de commettre ainsi que des motifs mentionnés aux 1° à 6° de l'article 62-2 justifiant son placement en garde à vue »⁴⁰⁴⁹. Cette avancée du droit à l'information, en d'autres termes du contradictoire⁴⁰⁵⁰, se traduit encore par la remise au suspect du document prévu à l'article 803-6 du C.P.P. Prévue par la directive du 22 mai 2012 qui évoque une déclaration écrite des droits, un tel écrit permet de lui notifier ses droits de manière très claire⁴⁰⁵¹.

817. La notification des droits accordés au suspect placé en garde à vue doit avoir lieu dès l'instant où son placement est décidé⁴⁰⁵² ou, au plus tard, dans un délai de trois heures s'agissant du droit de faire prévenir un proche⁴⁰⁵³ et du droit à un examen médical⁴⁰⁵⁴. Le caractère immédiat de cette notification a nourri un contentieux abondant⁴⁰⁵⁵. Son défaut se trouve sanctionné⁴⁰⁵⁶, tout comme sa tardiveté⁴⁰⁵⁷. Cette notification doit de plus être régulière, le gardé à vue devant bénéficier « d'une information explicite »⁴⁰⁵⁸ et la renonciation à ses droits, ou à l'un d'eux, devant être « non

Ömer Polat / Turquie, n°43526/02, §25 ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2010, chron. « un an de... » n°7, spéc. n°17 (information jugée suffisante aussi).

⁴⁰⁴⁸ Comme l'exige l'article 5 §2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. Dès lors l'information des motifs de la privation de liberté donnée soixante-seize heures après le début de celle-ci viole l'article 5 §2, ce délai étant excessif : CEDH (Gr. ch.), 29 janv. 2008, *Saadi / Royaume-Uni*, n°13229/03, préc., §85 ; R.I.D.P., 2008, p. 210, obs. L. MORTET.

⁴⁰⁴⁹ Avant la réécriture de l'article 63-1 du C.P.P. par la loi du 27 mai 2014, la chambre criminelle a jugé non sérieuse une question prioritaire de constitutionnalité fondée sur ce texte, car même si celui-ci « ne prévoit pas l'obligation d'informer la personne gardée à vue de nationalité étrangère de son droit de faire contacter les autorités consulaires de son pays, l'exercice de ce droit rappelé par l'article 63-2 du même Code et résultant des engagements internationaux de la France implique, pour être effectif, que l'intéressé soit informé de cette faculté » : Cass. crim., 16 avril 2013, Bull. crim., n°88 ; Gaz. pal., 21-23 juill. 2013, n°202 à 204, p. 37, obs. F. FOURMENT.

⁴⁰⁵⁰ V. en ce sens : G. BEAUSSONIE, La nouvelle garde à vue (...), *op. cit.*, p. 14.

⁴⁰⁵¹ Les droits inscrits à l'article 803-6 du C.P.P. sont moins nombreux que ceux effectivement notifiés à la personne en vertu de l'article 63-1 du C.P.P. En effet, cette déclaration des droits récapitule ceux qui sont identiques en toute circonstance où l'individu est privé de liberté. V. N. LE COZ, L'audition des personnes soupçonnées (...), *op. cit.*, p. 321.

⁴⁰⁵² Art. 63-1 du C.P.P. : « La personne placée en garde à vue est **immédiatement informée** (...) ».

⁴⁰⁵³ V. toutefois, Cass. crim., 7 juin 2011, Inédit, n°10-85565 (circonstance insurmontable à la notification à famille dans le délai de 3 heures en cas de fourniture d'une adresse inexistante par le gardé à vue).

⁴⁰⁵⁴ Art. 63-2, al. 3 du C.P.P. (information du proche) ; art. 63-3 du C.P.P. (examen par un médecin).

⁴⁰⁵⁵ A partir de Cass. crim., 4 janv. 1996, Bull. crim., n°5 et Cass. crim., 30 avril 1996, Bull. crim., n°182 ; Rev. sc. crim., 1996, p. 879, obs. J.-P. DINTILHAC. La Cour de cassation a posé le principe, maintes fois repris, suivant lequel l'O.P.J. ou, sous son contrôle, l'A.P.J., a le devoir de notifier à la personne concernée ses droits dès son placement en garde à vue. Tout retard injustifié dans la mise en œuvre de cette obligation porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée. Sur la question, D. CARON, *op. cit.*, p. 217.

⁴⁰⁵⁶ V. Cass. crim., 14 mai 2014, n°12-84075, E.C.P.B. (défaut de notification du droit de se taire et de bénéficier d'un avocat) ; D., 2014, pan., p. 1742, obs. J. PRADEL ;

⁴⁰⁵⁷ Par ex., Cass. crim., 30 avril. 1996, préc. ; Cass. crim., 14 déc. 1999 (2 espèces), Dr. pénal, 2000, comm. n°39, note A. MARON ; Procédures, 2000, comm. n°44, note J. BUISSON ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, A.J. pénal, 2007, jurispr., p. 231, obs. H. GACON ; Cass. crim., 31 mai 2007, A.J. pénal, 2007, jurispr., p. 385, obs. G. ROUSSEL.

⁴⁰⁵⁸ Cass. crim., 8 nov. 2011, Inédit, n°11-85531 (droit de la personne gardée à vue de garder le silence) ; Cass. crim., 17 janv. 2012, Bull. crim., n°15 (cassation au visa de l'article 6 §3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la simple acceptation de répondre aux questions ne valant pas renonciation au droit de garder le silence, faute pour ce dernier d'avoir été notifié).

équivoque »⁴⁰⁵⁹. S'agissant de la renonciation à la présence de l'avocat à ses côtés, celle-ci est révocable à tout moment⁴⁰⁶⁰. Si la notification n'a pas à être renouvelée lorsque la garde à vue fait apparaître d'autres infractions que celle qui la fonde à l'origine⁴⁰⁶¹, il en va différemment lorsque la qualification de l'infraction change au cours de la mesure et la fait basculer dans un régime dérogatoire. Tel est le cas si les enquêteurs découvrent qu'il s'agit en réalité d'une infraction de trafic de stupéfiants ou de criminalité organisée⁴⁰⁶². Certains retards peuvent toutefois être justifiés. Ainsi la notification des droits effectuée dix minutes ou un quart d'heure après l'interpellation de l'individu dans la rue ou sa mise en garde à vue n'est pas tardive⁴⁰⁶³. Il existe de surcroît diverses circonstances insurmontables qui légitiment le retard apporté à la notification : l'état d'ébriété⁴⁰⁶⁴, le siège du commissariat par des manifestants⁴⁰⁶⁵ ou le temps nécessaire (ou la difficulté) pour trouver un interprète⁴⁰⁶⁶.

818. Une fois informée, la personne gardée à vue a droit à s'entretenir et à être assistée par un avocat dès le début de la garde à vue⁴⁰⁶⁷. Point d'orgue des droits de la défense⁴⁰⁶⁸, ce droit a connu une évolution remarquable sous l'impulsion des juges européen et constitutionnel. Il témoigne de la

⁴⁰⁵⁹ Cass. crim., 3 mai 2012, Bull. crim., n°105, pour le droit à l'assistance effective d'un avocat (cassation au visa de l'article 6 §3) ; V. LESCLIOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2012, chron. préc., spéc. n°6.

⁴⁰⁶⁰ Cass. crim., 14 déc. 2011, Bull. crim., n°256 ; Cass. crim., 5 nov. 2013, Bull. crim., n°213 ; A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 90, obs. (approbatives) P. DE COMBLES DE NAYVES ; Procédures, 2014, comm. n°23, note (approbative) A.-S. CHAVENT-LECLERE, Gaz. pal., 9-11 fév. 2014, n°40 à 42, p. 40, obs. F. FOURMENT ; R.P.D.P., 2014, p. 351, obs. (approbatives) C. RIBEYRE, prononçant la cassation au visa de l'article 63-3-1 du C.P.P. et précisant que « toute personne placée en garde à vue doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat dès qu'elle en fait la demande ». A tout moment de la garde à vue, elle peut demander à être assistée par un avocat et les enquêteurs ne peuvent plus la faire renoncer de façon anticipée à ce droit pour toute la durée de la mesure (V. C. RIBEYRE, obs. préc., p. 353).

⁴⁰⁶¹ Cass. crim., 10 nov. 2009, Inédit, n°09-84702 ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 2010, Inédit, n°08-18633 ; V. LESCLIOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2010, chron. préc., not. n°18. Selon cet arrêt, aucun texte n'impose d'aviser l'intéressé des autres infractions révélées ultérieurement.

⁴⁰⁶² Cass. crim., 7 juin 2006, Bull. crim., n°157 ; V. LESCLIOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2007, chron. préc., spéc. n°16 ; Cass. crim., 24 juin 2009, Bull. crim., n°136, préc. ; A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 413, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; Procédures, 2009, comm. n°427, obs. J. BUISSON ; V. LESCLIOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2010, chron. préc., spéc. n°15.

⁴⁰⁶³ Cass. crim., 23 mars 1999, Bull. crim., n°51, validant un délai de 45 minutes ; Cass. crim., 27 juin 2000, Bull. crim., n°246 ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 2010, A.J. pénal, 2010, jurisp., p. 407, obs. J.-B. PERRIER. *Adde*, Cass. crim., 10 mai 2012, Inédit, n°12-81274.

⁴⁰⁶⁴ Cass. crim., 3 avril 1995, Bull. crim., n°140 ; Procédures, 1995, comm. n°191, note J. BUISSON ; Cass. crim., 18 oct. 2000, Dr. pénal, 2001, chron. n°23 par C. MARSAT ; Cass. crim., 4 janv. 2005, préc. ; Dr. pénal, 2005, comm. n°49, note A. MARON ; A.J. pénal, 2005, jurisp., p. 160, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; Cass. crim., 19 mai 2009, Rev. sc. crim., 2009, p. 893, obs. J. BUISSON ; Cass. crim., 7 déc. 2011, Inédit, n°10-86735 ; Cass. crim., 1^{er} oct. 2013, Inédit, n°12-86831 ; H. VLAMYNCK, La garde à vue de la personne sous l'emprise de boissons alcooliques, A.J. pénal, 2009, pratiques, p. 121 et s., spéc. p. 122. Il faut que la notification des droits intervienne dès que la personne a recouvré une certaine lucidité, dès qu'elle est en mesure de les comprendre.

⁴⁰⁶⁵ Cass. crim., 10 avril 1996, Procédures, 1996, comm. n°229, note J. BUISSON.

⁴⁰⁶⁶ CA Paris, 7 oct. 1997, Dr. pénal, 1998, comm. n°138 (2^{ème} arrêt), note A. MARON ; A. MARON, La garde à vue fait une poussée de bourbouille, Dr. pénal, 1999, chron. n°5 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 2006, A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 414, obs. H. GACON ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2007, Dr. pénal, 2007, comm. n°122, note A. MARON ; Cass. crim., 3 mai 2007, Dr. pénal, 2007, comm. n°147, note A. MARON ; Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2010, D., 2010, act., p. 1287 ; Procédures, 2010, comm. n°289, note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Dr. pénal, 2010, comm. n°101, note A. MARON et M. HAAS (refus de valider le recours injustifié à la traduction d'une notification de droits par téléphone. Ce moyen de télécommunication n'est utilisé qu'en cas d'impossibilité effective de présence de l'interprète).

⁴⁰⁶⁷ Art. 63-3-1 du C.P.P., créé par la loi n°2011-392 du 14 avril 2011.

⁴⁰⁶⁸ Rapp., S. GUINCHARD, Rapport de synthèse, *in* La défense pénale, *op. cit.*, p. 275 : « Au droit à un juge, gardien du respect des droits de la défense par toutes les parties, doit répondre en écho le droit à un avocat. Par ces deux "droits à ..." (droit à un juge et droit à un avocat), l'essentiel est dit et tout est là ».

soumission grandissante de l'acte coercitif aux droits de la défense. Selon le Conseil constitutionnel, « le droit de la personne à s'entretenir avec un avocat au cours de la garde à vue constitue un droit de la défense qui s'exerce durant la phase d'enquête de la procédure pénale »⁴⁰⁶⁹. Sans doute a-t-il admis, sous certaines conditions⁴⁰⁷⁰, le report de l'entretien avec un conseil à la quarante-huitième heure dans le cadre de la criminalité organisée selon les cas, à la soixante-douzième heure dans les affaires de trafic de stupéfiants et de terrorisme, voire à l'expiration de la quatre-vingt-seizième heure dans ces dernières affaires lorsque l'acte coercitif atteint six jours⁴⁰⁷¹. Mais il a exclu, d'une part, que l'entretien avec l'avocat soit écarté pendant toute la durée de la mesure à raison de certaines infractions⁴⁰⁷² ; d'autre part, il a placé sous le contrôle de l'autorité judiciaire la qualification des faits justifiant le report de la première intervention de l'avocat⁴⁰⁷³.

819. Ces garanties constitutionnelles montrent l'assujettissement croissant de la garde à vue aux droits de la défense. Il faut se souvenir qu'avant les lois de 1993, cette privation de liberté n'offre jamais la possibilité de s'entretenir avec un avocat⁴⁰⁷⁴. L'introduction de ce droit à l'issue de la vingtième heure de la mesure coercitive a suscité des passions⁴⁰⁷⁵. Elle a été perçue davantage comme une « pré-défense » pour l'avocat, « à défaut d'accusation et de procédure contradictoire »⁴⁰⁷⁶. Son rôle demeure très limité, puisqu'il n'a pas accès au dossier et ne peut assister aux interrogatoires⁴⁰⁷⁷. Il en est de même après la loi du 15 juin 2000, qui a prévu l'intervention de l'avocat dès le début de la garde à vue pour les mesures de droit commun, mais n'a opéré aucune avancée sur ces deux modalités essentielles aux droits de la défense⁴⁰⁷⁸. Autoriser cet entretien a constitué un progrès indéniable. Cette

⁴⁰⁶⁹ C.C., 11 août 1993, n°93-326 DC, préc., cons. 12 ; C.C., 20 janv. 1994, n°93-334 DC, préc., cons. 18 ; C.C., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, préc., cons. 31. Rapp., en droit des étrangers, C.C., 9 janv. 1980, n°79-109 DC, préc., relevant que l'intéressé peut, dès le début de sa mise en rétention administrative, « demander l'assistance d'un interprète, d'un médecin et d'un conseil ». Sur la constitutionnalisation du rôle de l'avocat : F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Le principe de la garantie des droits de la défense. Le point de vue du constitutionnaliste, in *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal*, Cujas, Actes & études, 2013, F. HOURQUEBIE et V. PELTIER (dir.), p. 69 et s., spéc. p. 75 à 77.

⁴⁰⁷⁰ Le report n'est possible, même sous les qualifications qui suivent, que s'il existe des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction, soit pour permettre le recueil ou la conservation des preuves soit pour prévenir une atteinte aux personnes.

⁴⁰⁷¹ A. PENA, *op. cit.*, p. 701. Sur ce point, C.C., 11 août 1993, préc., cons. 13, soulignant qu'un tel report « ne met pas en cause le principe des droits de la défense mais seulement leurs modalités d'exercice » et que cette différence de traitement « correspond à des différences de situation liées à la nature de ces infractions », elle « ne procède donc pas d'une discrimination injustifiée » ; C.C., 20 janv. 1994, préc., cons. 17 et 19 ; C.C., 2 mars 2004, préc., cons. 32 ; C.C., Q.P.C., 30 juill. 2010, n°2010-14/22, préc., cons. 12 et 13.

⁴⁰⁷² C.C., 11 août 1993, préc., cons. 15 (censure).

⁴⁰⁷³ C.C., 11 août 1993, préc., cons. 14 ; C.C., 2 mars 2004, préc., cons. 33, où une réserve d'interprétation est émise, le législateur ayant nécessairement entendu que le procureur de la République « contrôle aussitôt cette qualification ». Jusqu'à la fin de la vingt-quatrième heure, la décision de report est prise par le parquet. Au-delà, le report de l'entretien est décidé par le juge des libertés et de la détention statuant à la requête du procureur.

⁴⁰⁷⁴ Ceci a été dénoncé à l'aune des exigences européennes : V. R. MERLE, La Convention européenne des droits de l'homme et la justice pénale française, in *La plume et la parole*, Mélanges R. MERLE, Cujas, 1993, p. 167 et s., spéc. p. 171.

⁴⁰⁷⁵ Il a été fort bien expliqué que « ce que l'on craint en définitive, c'est donc moins sa présence (de l'avocat) que son incapacité à se taire » : P. MAISTRE DU CHAMBON, *Propos critiques et désabusés (...)*, *op. cit.*, p. 197.

⁴⁰⁷⁶ Selon le mot de T.-S. RENOUX, note préc. sous C.C., 11 août 1993, R.F.D.C., 1993, p. 848, spéc. p. 856.

⁴⁰⁷⁷ Sur ce constat, A. TEISSIER, *Garde à vue et droits de la défense*, R.P.D.P., 2001, p. 30 et s., spéc. p. 39 et 40 ; T.-S. RENOUX, note préc., p. 855, pour qui la mission de l'avocat « s'apparente davantage à un rôle d'assistance que de véritable défense ».

⁴⁰⁷⁸ V. A. TESSIER, *op. cit.*, p. 63.

réforme est devenue indispensable car « l'institution a dégénéré »⁴⁰⁷⁹. Il faut comprendre que de « garde à vue » au sens strict, c'est-à-dire de simple « surveillance oculaire », celle-ci s'est transformée en « "garde à l'ouïe" », la police profitant de la rétention de l'individu pour l'interroger⁴⁰⁸⁰. Lui accorder un entretien avec un avocat se révèle alors logique. A quoi sert-il d'entourer l'information d'un luxe de précautions en octroyant à la personne poursuivie l'intégralité des droits de la défense, si elle n'en a profité d'aucun au cours de sa garde à vue et a formulé des aveux complets⁴⁰⁸¹ ?

820. Non seulement le droit de s'entretenir pendant trente minutes avec un défenseur dans des conditions qui assurent la confidentialité de l'entretien apparaît comme une faible garantie, un droit de la défense édulcoré, mais la jurisprudence a, en plus, interprété l'ancien article 63-4 du C.P.P. de manière étroite, réduisant ce droit à une peau de chagrin⁴⁰⁸². Elle a posé que l'O.P.J. n'a, dans la mise en œuvre de cet entretien, qu'une obligation de moyen. Il n'est pas tenu de le rendre « effectif »⁴⁰⁸³. La doctrine a relevé avec pertinence que la formule utilisée par la chambre criminelle est « audacieuse, surtout avec l'allusion au caractère effectif du droit, quand on sait que la Cour européenne s'attache essentiellement au caractère effectif des droits, même s'il est vrai que certains barreaux sont bien négligents sur la présence de quelqu'un derrière le poste téléphonique dont ils donnent le numéro »⁴⁰⁸⁴ ! Même s'il s'agit d'un mineur de seize ans placé en garde à vue, l'O.P.J. n'a pas à rendre effectif l'entretien avec un avocat⁴⁰⁸⁵. Il doit seulement justifier avoir accompli, par procès-verbal, les démarches nécessaires à l'exercice de ce droit dans le délai légal⁴⁰⁸⁶. Cette solution s'avère contestable. En fin de compte, c'est « la méconnaissance de la demande (d'entretien) qui constitue une irrégularité et non pas l'absence d'entretien »⁴⁰⁸⁷. Il a été jugé, de plus, que l'O.P.J. ayant tenté de joindre en vain, dès le début de la garde à vue, le bâtonnier de l'Ordre des avocats, n'est pas contraint

⁴⁰⁷⁹ R. MERLE, La garde à vue, Gaz. pal., 1969, 2^{ème} sem., doctr., p. 18 et s., spéc. p. 19.

⁴⁰⁸⁰ *Ibid.*

⁴⁰⁸¹ *Ibid.* L'auteur observe que « c'est donc seulement lorsque les jeux sont faits, ou du moins lorsque toutes les chances ont été tournées contre un suspect sans défense, que notre législation se montre généreuse ».

⁴⁰⁸² Afin de ne pas vider totalement cette garantie de sa substance, celle-ci a tout de même accordé le droit au gardé à vue de bénéficier de l'assistance gratuite d'un interprète pour s'entretenir avec l'avocat désigné dans une langue qu'il comprend et a sanctionné de nullité la méconnaissance de ce droit dès lors qu'un interprète était disponible : V. Cass. crim., 18 juin 2008, Inédit, n°08-80086 ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2009, chron. préc., spéc. n°33.

⁴⁰⁸³ Cass. crim., 9 mai 1994, Bull. crim., n°174 ; Cass. crim., 13 fév. 1996, Bull. crim., n°73 ; D., 1996, somm. comm., p. 260, obs. (approbatives) J. PRADEL ; Justices, 1997, n°5, p. 314, obs. (critiques) D. REBUT ; Cass. crim., 28 avril 2004, Bull. crim., n°102 ; Cass. crim., 3 oct. 2007, Inédit, n°00-84985 ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2008, chron. préc., spéc. n°12 ; Cass. crim., 29 oct. 2008, Inédit, n°08-84990 ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2009, chron. préc., not. n°25 ; Cass. civ. 1^{ère}, 26 oct. 2011, Inédit, n°10-19316 ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2012, chron. préc., spéc. n°10 (en présence d'un avocat commis d'office refusant de voir le gardé à vue, il ne peut être reproché à l'O.P.J. de ne pas faire appel à un autre avocat).

⁴⁰⁸⁴ S. GUINCHARD, Le procès équitable (...), *op. cit.*, p. 203, rappelant l'arrêt *Airey* et que « le contrôle d'effectivité constitue "l'inspiration maîtresse de la jurisprudence européenne" ».

⁴⁰⁸⁵ Cass. crim., 17 mai 2000, Bull. crim., n°196 ; Procédures, 2000, comm. n°191, note J. BUISSON.

⁴⁰⁸⁶ Cass. crim., 8 mars 2000, Bull. crim., n°109 ; Procédures, 2000, comm. n°176, note J. BUISSON (cassation, aucun élément de la procédure n'établit les diligences effectuées par l'O.P.J. à la suite de la demande faite par un mineur de s'entretenir avec un avocat commis d'office, dès le début de sa garde à vue).

⁴⁰⁸⁷ D. REBUT, obs. sur Cass. crim., 13 fév. 1996, Justices, 1997, n°5, p. 314, évoquant un droit simplement « formel ».

de différer l'audition de la personne faisant l'objet de cette mesure. Il peut procéder à son interrogatoire dans l'attente de l'arrivée du conseil assurant l'entretien prévu par l'article 64 du C.P.P.⁴⁰⁸⁸. Peu effective dans ces conditions⁴⁰⁸⁹, l'intervention de l'avocat est restée longtemps insatisfaisante⁴⁰⁹⁰.

821. Une réforme profonde de l'institution devenait inéluctable, compte tenu notamment de l'accentuation des exigences européennes sur le droit d'une personne gardée à vue de disposer des services d'un avocat⁴⁰⁹¹. La Cour de Strasbourg a fait douter de la conventionnalité du système français, en particulier au sujet des gardes à vues spécifiques (trafic de stupéfiants, terrorisme...), avec son fameux arrêt *John Murray / Royaume-Uni*, rendu le 8 février 1996⁴⁰⁹² et dans ses décisions ultérieures, où elle passe cependant sous silence la question du droit à l'assistance d'un avocat au cours des interrogatoires de garde à vue⁴⁰⁹³. Les condamnations dans les affaires turques *Salduz*⁴⁰⁹⁴ et *Dayanan*⁴⁰⁹⁵ n'ont pas levé toute ambiguïté à cet égard⁴⁰⁹⁶. Davantage motivé, ce dernier arrêt n'a pas tranché la question⁴⁰⁹⁷, le juge européen développant la fonction de l'avocat au cours de la garde à vue,

⁴⁰⁸⁸ Cass. crim., 28 avril 2004, Bull. crim., n°102, préc. ; Cass. crim., 13 déc. 2006, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 140, obs. E. ALLAIN.

⁴⁰⁸⁹ Pour des critiques pertinentes sur ce défaut d'effectivité : D. LUCIANI-MIEN, L'effectivité des droits de la défense (...), *op. cit.*, n°409 et s., p. 341 et s. et n°430 et s., p. 351 et s.

⁴⁰⁹⁰ En outre, le libre choix de l'avocat d'une personne placée en garde à vue a été restreint lorsque celui-ci est également soupçonné d'avoir participé à l'infraction en cause : Cass. crim., 3 juin 2008, Dr. pénal, 2008, comm. n°137, note A. MARON et M. HAAS ; Procédures, 2008, comm. n°277, note J. BUISSON. Cette jurisprudence semble conforme aux exigences européennes, une telle restriction étant valable « s'il existe des motifs pertinents et suffisants de juger que les intérêts de la justice le commandent » : CEDH, 25 sept. 1992, *Croissant / Allemagne*, n°13611/88, §29.

⁴⁰⁹¹ Au départ, le juge européen s'est contenté d'affirmer que l'article 6 §3 c) de la Convention ne précise pas les conditions d'exercice du droit à l'assistance d'un avocat et que « la nomination d'un conseil n'assure pas à elle seule l'effectivité de l'assistance qu'il peut procurer à l'accusé » : CEDH, 24 nov. 1993, *Imbrioscia / Suisse*, préc., §38.

⁴⁰⁹² Préc., spéc. §63 et surtout §66. A l'époque, d'importantes réserves ont été émises sur la conformité du système français à la Convention : V. R. KOERING-JOULIN, Introduction générale, in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, spéc. p. 24 et 25 ; S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 163.

⁴⁰⁹³ V. CEDH, 6 juin 2000, *Averill / Royaume-Uni*, préc., §59 à 62 ; CEDH (Gr. ch.), 12 mai 2005, *Öcalan / Turquie*, n°46221/99, §131 et 148.

⁴⁰⁹⁴ CEDH (Gr. ch.), 27 nov. 2008, *Salduz / Turquie*, n°36391/02 ; J.C.P., 2009, I, 104, n°7, obs. F. SUDRE ; R.I.D.P., 2009, p. 353, n°30, obs. F. FOURMENT ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2009, chron. préc., spéc. n°27 ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2009, chron. préc., n°27.

⁴⁰⁹⁵ CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan / Turquie*, n°7377/03 ; D., 2009, p. 2897, note J.-F. RENUCCI ; Gaz. pal., 2009, jurisp., p. 3976, note H. MATSOPOULOU ; J.C.P., 2010, chron., 70, n°12, obs. F. SUDRE ; A.J. pénal, 2010, jurisp., p. 27, note C. SAAS ; R.I.D.P., 2010, p. 337, n°25, obs. F. FOURMENT ; Rev. sc. crim., 2010, p. 231, obs. D. ROETS ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2010, chron. préc., spéc. n°21 ; G. ROUIJOU DE BOUBEE, Garde à vue et exigences européennes, D., 2010, entretien, p. 72.

⁴⁰⁹⁶ Reprenant les principes énoncés par l'arrêt *John Murray*, l'arrêt *Salduz* maintient une imprécision entre « "accès à" » un avocat avant le premier interrogatoire de garde à vue et lors de la mesure, et « "assistance par" » un avocat au cours de l'interrogatoire lui-même (§55) : F. FOURMENT, obs. sur CEDH (Gr. ch.), 27 nov. 2008, *Salduz / Turquie*, R.I.D.P., 2009, p. 353, spéc. p. 354. Mais, à aucun moment, cette décision n'impose expressément la présence d'un avocat pendant les auditions de la personne retenue (V. LESCLOUS, La présence obligatoire de l'avocat en garde à vue. Point de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Dr. pénal, 2010, dossier, n°2, not. n°6). Bon nombre d'arrêts ont réitéré la solution de l'arrêt *Salduz* en 2009 : V. CEDH, 24 sept. 2009, *Pishchalnikov / Russie*, n°7025/04 (en anglais), §91 ; R.I.D.P., 2009, p. 620, n°14, obs. F. FOURMENT ; CEDH, 16 juin 2009, *Karabil / Turquie*, n°5256/02 ; CEDH, 3 nov. 2009, *Mehmet Ali Ayhan / Turquie*, n°20406/05 ; CEDH, 19 nov. 2009, *Oleg Kolesnik / Ukraine*, n°17551/02 (en anglais). Sur ce point, V. LESCLOUS, *op. cit.*, n°9 et 10.

⁴⁰⁹⁷ L'arrêt *Dayanan* réaffirme qu'« un accusé doit, dès qu'il est privé de liberté, pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat et cela indépendamment des interrogatoires qu'il subit » (§32).

voire dans l'enquête en général⁴⁰⁹⁸. L'arrêt *Dayanan* n'a pas exigé, de façon expresse, la présence obligatoire du défenseur aux côtés du gardé à vue lors de ses interrogatoires ainsi que son accès immédiat au dossier de la procédure⁴⁰⁹⁹. Il n'empêche que les gardes à vue françaises apparaissent peu compatibles avec les exigences européennes⁴¹⁰⁰. L'institution ne garantit pas de manière suffisante les droits de la défense⁴¹⁰¹.

822. L'épilogue a eu lieu avec l'arrêt *Brusco* rendu le 14 octobre 2010⁴¹⁰². Selon la Cour européenne, « la personne placée en garde à vue a le droit d'être assistée d'un avocat **dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires**, et ce *a fortiori* lorsqu'elle n'a pas été informée par les autorités de son droit de se taire »⁴¹⁰³. L'effectivité des droits de la défense implique que l'avocat puisse être présent pendant les auditions de garde à vue afin d'assister de manière efficace l'individu subissant la mesure coercitive. Cette décision a mis un terme au débat : le régime applicable à cet acte coercitif méconnaît les exigences du procès équitable de l'article 6 de la Convention⁴¹⁰⁴. Il était temps, car fin 2009-début 2010, la garde à vue a traversé une crise sans précédent en droit interne, allant jusqu'à compromettre la sécurité juridique des procédures pénales⁴¹⁰⁵.

⁴⁰⁹⁸ V. F. FOURMENT, obs. sur CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan / Turquie*, R.I.D.P., 2010, p. 337, spéc. p. 338. Dans l'arrêt *Dayanan*, la Cour évoque « la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires », etc (§32).

⁴⁰⁹⁹ En se fondant sur les décisions *Salduz* et *Dayanan*, certains auteurs ont estimé nécessaire la présence de l'avocat pendant les auditions : V. C. SAAS, note sous CEDH, 13 oct. 2009, A.J. pénal, 2010, jurisp., p. 27, spéc. p. 28 ; D. ROETS, obs. sur CEDH, 13 oct. 2009, Rev. sc. crim., 2010, p. 231, spéc. p. 232.

⁴¹⁰⁰ S'agissant des gardes à vue dérogatoires (trafic de stupéfiants, terrorisme...), un report abstrait de l'intervention de l'avocat est prévu par catégories d'infractions. Dès lors, « le législateur français n'a certainement pas fait le bon choix » (H. MATSOPOULOU, note sous CEDH, 13 oct. 2009, Gaz. pal., 2009, jurisp., p. 3976, not. p. 3979). Pour les mesures de droit commun, leur conformité à l'article 6 de la Convention suppose que l'avocat joue un rôle nettement plus actif qu'un simple entretien de trente minutes avec le gardé à vue, après avoir été informé de la nature et de la date présumée de l'infraction sur laquelle porte l'enquête. V. en ce sens, La garde à vue et le droit de bénéficier de l'assistance d'un avocat, B.I.C.C., 15 juill. 2010, n°726, p. 6 et s., spéc. p. 10 ; D. ROETS, obs. préc., p. 232 ; E. DREYER, chron. préc. ; G. ROUJOU DE BOUBEE, *op. cit.* La jurisprudence postérieure de la Cour européenne a laissé augurer une probable condamnation de la garde à vue française (V. CEDH, 9 fév. 2010, *Boz / Turquie*, n°2039/04, §33 à 36 ; CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz / Pologne*, n°54729/00, §84 et s. ; J.C.P., 2010, chron., 859, n°15, obs. F. SUDRE, pour l'absence d'avocat au cours de la garde à vue d'un mineur (not. §87) ; CEDH, 29 juin 2010, *Karadağ / Turquie*, n°12976/05, §46 à 48).

⁴¹⁰¹ V. not., J.-H. ROBERT, Le péché originel de la Saint-Sylvestre 1957, Dr. pénal, 2010, repère n°3 ; C. LAZERGES, Les désordres (...), *op. cit.*, p. 279 et 280 ; P. WACHSMANN, Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme, in *L'homme et le droit*, En hommage au Professeur Jean-François FLAUSS, Pedone, 2014, p. 797 et s., not. p. 801 à 803.

⁴¹⁰² CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco / France*, n°1466/07, préc.

⁴¹⁰³ §45, solution reprise au §54 de l'arrêt.

⁴¹⁰⁴ Une partie de la doctrine s'est pourtant montrée prudente sur l'interprétation de l'arrêt *Brusco* dont la portée serait trop limitée pour l'assimiler à la condamnation du système français de garde à vue : V. Y. MAYAUD, La garde à vue « à la française » aux oubliettes ?, D., 2010, entretien, p. 2696. La Cour européenne aurait pu recourir à la mise en œuvre de la procédure d'arrêt-pilote si l'affaire en question révélait un problème structurel ou systémique susceptible de donner lieu à l'introduction d'autres requêtes similaires : D. GUERIN, Les leçons de l'évolution de l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de garde à vue, R.P.D.P., 2011, p. 841 et s., spéc. p. 846.

⁴¹⁰⁵ Se fondant sur les décisions des juges de Strasbourg, certaines juridictions du fond ont annulé des gardes à vue au motif de leur irrespect des dispositions conventionnelles, tandis que d'autres les ont jugées régulières, car conformes à ces dispositions. Sur la question, A. MARON, M. HAAS, Tandis que les gardes à vue explosent, la garde à vue implose..., Dr. pénal, 2010, dossier n°3 ; A. GIUDICELLI, Garde à vue : vagues du fond avant la réforme, Rev. sc. crim., 2010, chron., p. 183 et s. V. CA Agen (ch. corr.), 18 fév. 2010, préc., D., 2010, p. 1850, note F. FOURNIE (irrégulière). *Contra*, CA Paris (pôle 7, ch. 5), 9 fév. 2010, D., 2010, act., p. 505, obs. S. LAVRIC ; D., 2010, p. 868, note G. ROUJOU DE BOUBEE ; CA Montpellier (3^{ème} ch. corr.), 5 mai 2010, J.C.P., 2010, 890, obs. Y. ZEMRAK (régulière car conforme).

823. De son côté, deux mois et demi avant l'arrêt *Brusco*, le Conseil constitutionnel a rendu une décision « historique » sur la garde à vue⁴¹⁰⁶. Validant l'acte coercitif exécuté dans les enquêtes de criminalité et délinquance organisées, de terrorisme et de trafic de stupéfiants⁴¹⁰⁷, il a en revanche censuré les dispositions relatives à la garde à vue de droit commun au nom de la protection des droits de la défense, ceux-ci n'étant pas suffisamment assurés en droit français. L'article 63-4 du C.P.P. ne permet pas au suspect, retenu contre son gré et interrogé par les enquêteurs, « de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat »⁴¹⁰⁸. Il ajoute que l'intéressé ne se voit pas non plus notifier son droit au silence⁴¹⁰⁹. Le Haut conseil a ainsi soumis la garde à vue au respect des droits de la défense, exigence constitutionnelle. Malgré une motivation lapidaire⁴¹¹⁰, les juges ont souligné le grief subi par la personne assujettie à une telle mesure⁴¹¹¹. Une contrepartie sérieuse à ce grief doit donc être prévue : des droits de la défense effectifs doivent venir le compenser⁴¹¹². « L'assistance effective » d'un avocat implique sa présence lors des auditions et sans doute la communication des procès-verbaux déjà établis, même si la décision du 30 juillet 2010 ne le mentionne pas⁴¹¹³.

824. Les juges de la rue Montpensier ont toutefois décidé de différer les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité au 1^{er} juillet 2011⁴¹¹⁴. Autorisé par l'article 62, alinéa 2, de la Constitution, ce report vise à préserver la sécurité des procédures et à laisser au législateur un délai suffisant pour établir le nouveau régime applicable à la garde à vue de droit commun⁴¹¹⁵. Compréhensible en elle-

⁴¹⁰⁶ C.C., Q.P.C., 30 juill. 2010, n°2010-14/22, préc. L'adjectif « historique » est emprunté à A.-S. CHAVENT-LECLERE, note sous C.C., Q.P.C., 30 juill. 2010, Procédures, 2010, comm. n°382.

⁴¹⁰⁷ Le Conseil a considéré qu'il ne peut être posé de question prioritaire de constitutionnalité à propos des gardes à vue dérogatoires « en l'absence de changement des circonstances » depuis la décision du 2 mars 2004 (cons. 13). V. aussi, C.C., Q.P.C., 6 août 2010, *M. Miloud K. et autres (Garde à vue)*, n°2010-30/34/35/47/48/49/50, J.O. du 7 août 2010, p. 14618. Pourtant, c'est face aux suspicions relatives aux faits les plus graves, génératrices des actes les plus coercitifs, que les garanties de la défense doivent être renforcées (affaire *Salduz*).

⁴¹⁰⁸ Cons. 28 de la décision.

⁴¹⁰⁹ *Ibid.* Dès lors, le Conseil déclare les principaux textes relatifs à la garde à vue (art. 62, 63, 63-1, 63-4, al. 1^{er} à 6 et 77 du C.P.P.) contraires à la présomption d'innocence et aux droits de la défense (cons. 29). Ils sont frappés d'inconstitutionnalité et le législateur est tenu de réécrire le régime juridique de l'acte coercitif.

⁴¹¹⁰ La faiblesse de la motivation de la décision rendue par le Conseil constitutionnel a été dénoncée à juste titre : H. MATSOPOULOU, *Garde à vue : la Cour de cassation partagée entre conventionnalité et constitutionnalité*. A propos des arrêts de la chambre criminelle du 19 oct. 2010, J.C.P., 2010, aperçu rapide, 1104. *Adde*, J.-H. ROBERT, *La question prioritaire de constitutionnalité en droit pénal*, En mémoire de Arnaud LYON-CAEN, *Un avocat dans l'Histoire*, Dalloz, 2013, p. 209 et s., spéc. p. 216.

⁴¹¹¹ Cons. 28 de la décision : « (...) que son article 63-4 ne permet pas à la personne ainsi interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté (...) ».

⁴¹¹² Comme la notification obligatoire du droit au silence au suspect. En exerçant sa censure, le juge constitutionnel « a stigmatisé en quelques lignes l'obsolescence de notre système judiciaire » : F. SAINT-PIERRE, *Le point de vue de l'avocat, in Garde à vue : la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, dossier spécial, R.P.D.P., 2010 p. 623 et s., spéc. p. 626.*

⁴¹¹³ V. pourtant, réservé sur la présence de l'avocat au cours des interrogatoires : J. PRADEL, obs. sur C.C., Q.P.C., 30 juill. 2010, D., 2010, pan., p. 2259, not. p. 2260. Pour une position différente : C. CHARRIERE-BOURNAZEL, *Garde à vue : le sursaut républicain*, D., 2010, entretien, p. 1928. D'aucuns ont appelé à l'instauration d'une « garde à vue européenne » : C. FERAL-SCHUHL, Y. MARTINET, « La mise en œuvre d'une garde à vue européenne à court terme est une nécessité aussi bien morale que juridique », J.C.P., 2010, entretien, 917.

⁴¹¹⁴ L'abrogation immédiate des dispositions contestées méconnaîtrait les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public, de recherche des auteurs d'infractions et entraînerait des conséquences manifestement excessives (cons. 30).

⁴¹¹⁵ Sur ce point : P. PUIG, *Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions Q.P.C.*, R.T.D.civ., 2010, p. 517 et s., spéc. p. 519 et 520 ; J. BOUDON, *Le Conseil constitutionnel s'est-il trompé de Constitution ? A propos de ce que devrait être la modulation dans le temps des effets de ses décisions*, J.C.P., 2010, libres propos, 961.

même⁴¹¹⁶, cette modulation dans le temps a abouti à « une situation ubuesque où une procédure déclarée inconstitutionnelle parce que contraire aux droits de la défense peut continuer à être mise en œuvre pendant un délai d'un an »⁴¹¹⁷. Il a été proposé de contester le report d'inconstitutionnalité en le confrontant au droit à un recours juridictionnel effectif prévu par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁴¹¹⁸.

825. Saisi, en outre, d'une question prioritaire de constitutionnalité relative aux gardes à vue dérogatoires, celles décidées pour des infractions relevant de la criminalité organisée, en particulier pour des faits de terrorisme⁴¹¹⁹, le juge constitutionnel a examiné les alinéas 7 à 10 de l'article 706-88 du C.P.P. dans sa décision du 22 septembre 2010⁴¹²⁰. Ces dispositions régissent les gardes à vue effectuées pour des faits de terrorisme, prévues à l'article 706-88-1 du C.P.P. depuis la loi n°2011-392 du 14 avril 2011. Il s'agit des plus coercitives puisqu'elles peuvent atteindre six jours, mais aussi des plus restrictives en termes de droits de la défense⁴¹²¹. Le suspect n'est autorisé à s'entretenir avec un avocat qu'à l'issue de la soixante-douzième heure de la mesure, puis de la quatre-vingt-seizième et de la cent-vingtième heure⁴¹²². Non examinées dans la décision du 19 janvier 2006⁴¹²³, de telles dispositions ont fait l'objet d'un contrôle de proportionnalité et leur constitutionnalité a été reconnue⁴¹²⁴. Comparée à celle du 30 juillet 2010, cette décision se montre pour le moins « timorée »⁴¹²⁵. Elle déçoit, le Conseil esquivant la question du respect des droits de la défense, comme s'il savait bien, au fond, que la personne privée de liberté ne dispose pas de « l'assistance effective » d'un avocat. En effet, il apparaît difficile de considérer qu'un entretien de trente minutes avec un conseil, qui n'a pas accès au dossier de la procédure, au bout de trois jours de garde à vue, permet d'assurer une défense effective. Il est vrai qu'en droit européen, des « raisons impérieuses » peuvent venir justifier certaines restrictions au bénéfice de l'assistance d'un avocat dès le début de l'acte coercitif. Cependant, les raisons de restreindre ce droit doivent ressortir « des circonstances

⁴¹¹⁶ V. J.-B. PERRIER, Une décision empreinte de pragmatisme, *in* Quelle réforme pour la garde à vue, A.J. pénal, 2010, dossier, p. 470 et s., spéc. p. 472 : « De quel moyen procédural auraient disposé les enquêteurs pour auditionner les suspects, une fois la garde à vue disparue, et en attendant qu'un substitut y soit trouvé ? ».

⁴¹¹⁷ D. REBUT, P.-O. SUR, *Le Monde.fr*, 9 août 2010 ; P. PUIG, *op. cit.*, p. 519 ; P. CONTE, Cuisine constitutionnelle, R.P.D.P., 2010, p. 533 et s., spéc. p. 534 ; O. BACHELET, La garde à vue, entre inconstitutionnalité virtuelle et inconventionnalité réelle, *Gaz. pal.*, 4-5 août 2010, p. 14 et s., not. n°3 ; F. FOURNIE, Nouvelles considérations « huroniques ». A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, J.C.P., 2010, libres propos, 914.

⁴¹¹⁸ P. CASSIA, Les gardes à vue « particulières » ne sont plus conformes à la Constitution, D., 2010, point de vue, p. 1949 et s., spéc. n°1. Le report interdit aux justiciables de pouvoir contester l'application de dispositions reconnues incompatibles avec le respect des droits fondamentaux.

⁴¹¹⁹ Art. 706-73, 11° du C.P.P.

⁴¹²⁰ C.C., Q.P.C., 22 sept. 2010, n°2010-31, préc. Il a écarté l'examen des alinéas 1^{er} à 6 de l'article 706-88 du C.P.P. Déclarées conformes à la Constitution par la décision du 2 mars 2004, ces dispositions n'ont pas à faire l'objet d'un nouveau contrôle « en l'absence de changement des circonstances ». V. déjà : C.C., Q.P.C., 30 juill. 2010, n°2010-14/22, préc.

⁴¹²¹ C'est une exception à la règle précédemment dégagée, selon laquelle plus l'acte est coercitif, plus il se trouve soumis aux droits de la défense.

⁴¹²² Ancien art. 706-88, al. 6 et al. 8 du C.P.P. (en cas de prolongation exceptionnelle décidée par le juge des libertés au-delà de quatre-vingt seize heures). Aujourd'hui, art. 706-88, al. 6 et art. 706-88-1, al. 2 du C.P.P.

⁴¹²³ Cons. 5 de la décision. Il s'agissait du contrôle de la loi n°2006-64 du 23 janvier 2006.

⁴¹²⁴ *Ibid.*

⁴¹²⁵ L. PRIOU-ALIBERT, obs. sur C.C., Q.P.C., 22 sept. 2010, n°2010-31, D., 2010, act., p. 2162.

particulières de l'espèce »⁴¹²⁶. Elles ne sauraient procéder du choix opéré *in abstracto* par le législateur en fonction de la gravité des infractions. Tout report systématique de ce droit, fondé sur la seule qualification pénale des faits, est donc exclu⁴¹²⁷.

826. Qu'il s'agisse de la garde à vue de droit commun ou des régimes dérogatoires, la chambre criminelle a jugé les dispositions légales gouvernant ces mesures incompatibles avec les exigences européennes relatives aux droits de la défense. Exerçant son contrôle de conventionnalité⁴¹²⁸, elle a affirmé, dans trois arrêts de principe rendus le 19 octobre 2010⁴¹²⁹, que la garde à vue française, telle que prévue notamment par l'article 63-4 du C.P.P., n'est pas conforme aux prescriptions de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁴¹³⁰. Le droit à un procès équitable exige que toute personne gardée à vue, quelle que soit la nature de l'infraction et de la garde à vue, puisse bénéficier de l'assistance d'un conseil, qui ne se confond pas avec sa simple présence⁴¹³¹. Dans ces arrêts, il a cependant été décidé que les règles de procédure énoncées « ne peuvent s'appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre, sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice ». Leur application est reportée jusqu'à l'adoption de la loi nouvelle modifiant le régime juridique de la garde à vue, suite à la censure prononcée par le juge constitutionnel le 30 juillet 2010⁴¹³². Empruntée au Haut conseil⁴¹³³, la solution du report a été reprise par la suite, malgré l'affirmation de l'inconventionnalité du système français de garde à vue⁴¹³⁴.

⁴¹²⁶ V. CEDH (Gr. ch.), 27 nov. 2008, *Salduz / Turquie*, préc., §52 et 55 ; CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan / Turquie*, préc., §33. La Cour se montre de plus en plus exigeante. Si elle impose dorénavant « des raisons impérieuses » pour justifier les restrictions au bénéfice de l'assistance de l'avocat *ab initio*, elle admettait auparavant de simples « motifs raisonnables » (CEDH (Gr. ch.), 26 mai 1993, *Brannigan et Mc Bride / Royaume-Uni*, n°14553/89 ; 14554/89, §24 et 64 ; Rev. sc. crim., 1994, p. 364, obs. R. KOERING-JOULIN) ou des « motifs plausibles » (CEDH (Gr. ch.), 8 fév. 1996, *John Murray / Royaume-Uni*, préc., §64).

⁴¹²⁷ V. justement, en ce sens : Cass. crim., 19 oct. 2010, Bull. crim., n°165 ; P. CASSIA, *op. cit.*, n°2, p. 1950.

⁴¹²⁸ Pour une comparaison entre les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité : J.-B. PERRIER, *op. cit.*, p. 472, pour qui le contrôle de constitutionnalité est « plus efficace dans son incidence sur la production législative ».

⁴¹²⁹ Cass. crim., 19 oct. 2010, n°10-82306, Bull. crim., n°163 ; Cass. crim., 19 oct. 2010, n°10-82902, Bull. crim., n°164 ; Cass. crim., 19 oct. 2010, n°10-85051, Bull. crim., n°165.

⁴¹³⁰ Dans l'une de ces espèces (Cass. crim., 19 oct. 2010, n°10-82902, Bull. crim., n°164), le gardé à vue n'a pas eu la possibilité de s'entretenir avec un avocat, compte tenu de la levée de la mesure intervenue au bout de soixante-cinq heures, soit sept heures avant que cet entretien ne soit autorisé. Selon la Cour de cassation, il résulte de l'article 6 §3 de la Convention que, « sauf exceptions justifiées par des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'espèce, et non à la seule nature du crime ou délit reproché, toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction doit, dès le début de la garde à vue, être informée de son droit de se taire et bénéficier, sauf renonciation non équivoque, de l'assistance d'un avocat ». La Haute juridiction reprend les termes utilisés par la Cour de Strasbourg dans l'arrêt *Salduz*. Cette solution a été réaffirmée, avec quelques variantes : Cass. crim., 1^{er} fév. 2011, Bull. crim., n°15 ; Procédures, 2011, comm. n°145 (2^{ème} espèce), note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Cass. crim., 16 fév. 2011, Bull. crim., n°29.

⁴¹³¹ C'est donc à un changement complet de conception du rôle de l'avocat auquel on assiste par le biais de ces trois décisions, ce que la doctrine n'a pas manqué de relever. V. E. VERGES, La transformation du modèle français de la garde à vue : étude d'un exemple d'acculturation de la procédure pénale, *op. cit.*, p. 879, dissociant la présence de l'avocat (mission humanitaire : reconforter le client et vérifier que la garde à vue ne viole pas son intégrité ou sa dignité) de l'assistance de celui-ci (préparation des futurs interrogatoires). V. pourtant, en pratique, depuis le changement de législation : CA Agen (ch. appels corr.), 13 mars 2014, n°83/2014 ; J.C.P., 2014, 830, obs. G. RABUT, tendant à démontrer que l'assistance de l'avocat lors des auditions du suspect peut se résumer à sa seule présence.

⁴¹³² Les gardes à vue restent régies par ces dispositions jusqu'à la réforme des textes du Code de procédure pénale (spécialement les articles 63-4 et 706-88) ou, au plus tard, jusqu'au 1^{er} juillet 2011. Dans ces trois affaires, les pourvois et les

827. La façon dont la chambre criminelle module dans le temps les effets de ses arrêts s'avère contestable. Elle est pour le moins curieuse dans la mesure où aucun texte ne l'autorise à procéder à pareil report⁴¹³⁵. En s'arrogeant ce pouvoir, celle-ci avoue enfin, de façon officielle, que la jurisprudence constitue une source autonome du droit⁴¹³⁶. Or cela n'est pas sans poser quelques interrogations au regard de l'article 5 du Code civil, qui prohibe les arrêts de règlement⁴¹³⁷. En outre, si la Haute juridiction « ne pouvait abroger les dispositions problématiques, elle conservait la possibilité d'en écarter ponctuellement l'application jusqu'à ce que ces dispositions disparaissent effectivement de notre ordre juridique, conformément à la logique du droit européen »⁴¹³⁸. Elle pouvait encore considérer que ce revirement, favorable aux personnes soupçonnées en ce qu'il leur offre des garanties supplémentaires, devait être appliqué de manière rétroactive ou immédiate⁴¹³⁹. Cette modulation dans le temps recèle un vice rédhibitoire. Il apparaît profondément gênant d'« affirmer, dans un premier temps, que le modèle français de la garde à vue ne respecte pas les droits fondamentaux de l'individu suspecté et de considérer, dans un second temps, que cette atteinte magistrale peut être tolérée durant plusieurs mois »⁴¹⁴⁰.

828. Décidée au nom du principe de sécurité juridique et de l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice, l'application différée a permis au législateur de bâtir la réforme de

arrêts rendus par les chambres de l'instruction ont d'ailleurs connu des sorts différents : A. MARON, Troisième messe de requiem pour la garde à vue, *in* La garde à vue sous contrôle judiciaire, Dr. pénal, 2010, dossier n°9, article n°11, spéc. n°5.

⁴¹³⁵ Voilà pourquoi il a été écrit que la Cour de cassation a été « partagée entre conventionnalité et constitutionnalité » : H. MATSOPOULOU, Garde à vue (...), *op. cit.* Cette solution du report a été proposée par l'avocat général dans son avis : V. M. ROBERT, Avis de l'avocat général, Pourvoi n°10-82306 (annulation sans renvoi), *in* La garde à vue sous contrôle judiciaire, Dr. pénal, 2010, dossier, n°9, article n°10.

⁴¹³⁴ Cass. crim., 27 oct. 2010, Inédit, n°10-83848 ; D., 2010, act., p. 2912 ; Cass. crim., 9 nov. 2010, Procédures, 2011, comm. n°76, obs. J. BUISSON ; Cass. crim., 4 janv. 2011, Bull. crim., n°3 ; D., 2011, act., p. 242, obs. M. LENA ; Dr. pénal, 2011, comm. n°27, note A. MARON et M. HAAS ; Procédures, 2011, comm. n°75, obs. J. BUISSON et comm. n°110, note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Cass. crim., 18 janv. 2011, Bull. crim., n°9 ; A.J. pénal, 2011, jurisp., p. 83, obs. J. DANET ; Procédures, 2011, comm. n°145 (1^{ère} espèce), note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Cass. crim., 1^{er} fév. 2011, préc. ; Cass. crim., 16 fév. 2011, préc. Les annulations de garde à vue ne sont acceptées que si elles n'ont aucune incidence pratique sur l'issue de la procédure.

⁴¹³⁵ En ce sens aussi, A.-S. CHAVENT-LECLERE, note sous CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco / France*, Procédures, 2010, comm. n°419. *Contra*, J. PRADEL, Vers une métamorphose de la garde à vue. Après la « décision pilote » du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 et les arrêts de la chambre criminelle du 19 octobre 2010, D., 2010, chron., p. 2783 et s., spéc. n°18, p. 2791, pour qui, le juge criminel a « peut-être plus de mérite » que le juge constitutionnel de décider du report, car il ne dispose pas d'un texte. Or, c'est précisément ce procédé consistant à s'approprier un pouvoir en l'absence de tout texte qui pose problème et demeure contestable.

⁴¹³⁶ Sur ce constat, A. MARON, *op. et loc. cit.*

⁴¹³⁷ V. à cet égard, F. ROME, Garde à vue à la française : c'est la chute finale !!!, D., 2010 édito, p. 2425 : « Mince alors, j'ai dû rater un épisode législatif de taille, à savoir l'abrogation de l'article 5 du code civil qui interdit aux juges de tous poils de statuer à la manière du législateur. Je me précipite sur la dernière édition du code Dalloz et, là, surprise, le texte y est toujours... Me reste, pour décrypter ce pied de nez au principe de la séparation des pouvoirs, à lire et relire "La jurisprudence" de Thierry Revet dans le *Liber amicorum offert à Philippe Malaurie...* ».

⁴¹³⁸ E. DREYER, note sous Cass. crim., 19 oct. 2010, D., 2010, p. 2809, spéc. n°5, p. 2811. D'importantes réserves ont été émises sur la conformité de cette solution au droit européen. V. not., J.-F. RENUCCI, note sous CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco / France*, D., 2010, p. 2950, spéc. note n°5.

⁴¹³⁹ En ce sens : E. DREYER, note préc. sous Cass. crim., 19 oct. 2010, spéc. n°6, p. 2812. La solution des arrêts du 19 octobre 2010, plus particulièrement le report de l'application des règles nouvelles, se révèle contraire à la philosophie du rapport rédigé par le professeur REBUT relatif aux revirements de jurisprudence en matière pénale. Elle ne paraît pas non plus découler de l'application des règles de conflits de lois dans le temps, prévues à l'article 112-2, 2° du Code pénal.

⁴¹⁴⁰ E. VERGES, *op. cit.*, p. 869. V. aussi, Y. MULLER, La réforme de la garde à vue ou la figure brisée de la procédure pénale française, Dr. pénal, 2011, Etude n°2, spéc. n°6.

la garde à vue, génératrice d'adaptations pratiques importantes⁴¹⁴¹. Mais « la sécurité juridique » prend un sens différent de l'acception retenue par le juge européen⁴¹⁴². Ce principe n'a constitué qu'un prétexte permettant à la Cour de cassation de sauver les intérêts de la répression⁴¹⁴³. Il se montre peu convaincant pour justifier de graves atteintes aux droits fondamentaux des gardés à vue. Quant à la notion assez floue de bonne administration de la justice, elle peut tendre à éviter le risque de décisions judiciaires contraires⁴¹⁴⁴. Elle impose néanmoins, en principe, l'application immédiate des lois nouvelles de forme, ce qui tranche avec la solution retenue⁴¹⁴⁵. Au total, aucune des raisons alléguées par la chambre criminelle pour justifier le report de l'application des règles posées dans ses arrêts d'octobre 2010 n'est apparue pertinente et n'a résisté à l'examen.

829. Après différentes propositions et la discussion d'un projet de loi⁴¹⁴⁶, la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue est promulguée et son entrée en vigueur est fixée au 1^{er} juin 2011. Mais le lendemain, le 15 avril 2011, jour de la publication de cette loi, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation énonce que « les Etats adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation »⁴¹⁴⁷. Elle ajoute que « pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 §1 de la Convention (...) soit effectif et concret, il faut, en règle générale, que la personne placée en garde à vue puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure **et pendant ses interrogatoires** »⁴¹⁴⁸. Reprenant sur le fond la solution adoptée par la chambre criminelle dans ses arrêts du 19 octobre 2010, l'Assemblée plénière retient, en revanche, la solution contraire sur l'application dans le temps en

⁴¹⁴¹ E. DEGORCE, obs. sur Cass. crim., 19 oct. 2010, D., 2011, p. 132, spéc. p. 135.

⁴¹⁴² V. H. MATSOPOULOU, *op. cit.*

⁴¹⁴³ *Ibid.* L'application immédiate des règles formulées dans les arrêts du 19 octobre 2010 aurait conduit à annuler un nombre considérable de gardes à vue et d'actes subséquents (V. GEORGET, A propos des arrêts de la chambre criminelle du 19 octobre 2010 : garde à vue et Convention européenne des droits de l'homme, *in* La garde à vue sous contrôle judiciaire, Dr. pénal, 2010, dossier n°9, article n°12, spéc. n°10). Cependant, le respect des exigences de l'article 6 §3 de la Convention n'aurait sans doute pas engendré « une remise en liberté massive d'individus peu fréquentables » puisque la Cour de cassation applique sa théorie dite du « support nécessaire » (E. DREYER, note préc., n°8, p. 2813).

⁴¹⁴⁴ H. MATSOPOULOU, *op. cit.*

⁴¹⁴⁵ V. E. DREYER, note préc., n°7, p. 2812.

⁴¹⁴⁶ Sur ce point, F. DEBOVE, Garde à vue : entre cadence et décadence, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 191 et s., spéc. p. 203 et s. ; E. MATHIAS, Pour une loi des suspects... libres (à propos du projet de loi relatif à la garde à vue), Dr. pénal, 2011, Etude n°6 ; E. GINDRE, Une réforme en urgence : la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, R.P.D.P., 2011, p. 297 et s.

⁴¹⁴⁷ Cass. Ass. plén., 15 avril 2011 (4 arrêts), n°10-17049, Bull. Ass. plén., n°1 ; n°10-30242, Bull. Ass. plén., n°2 ; n°10-30313, Bull. Ass. plén., n°3 ; n°10-30316, Bull. Ass. plén., n°4 ; A.J. pénal, 2011, jurisp., p. 311, obs. C. MAURO ; Dr. pénal, 2011, comm. n°72 et Dr. pénal, 2011, comm. n°84, note A. MARON et M. HAAS ; R.P.D.P., 2011, p. 386, obs. C. RIBEYRE ; Rev. sc. crim., 2011, p. 410, obs. A. GIUDICELLI.

⁴¹⁴⁸ *Ibid.* A cet égard, C. RIBEYRE, obs. sur Cass. Ass. plén., 15 avril 2011, R.P.D.P., 2011, p. 386, spéc. p. 389 : « Est-ce à dire que l'entretien avec un avocat avant l'interrogatoire, sans qu'il soit présent à celui-ci, aurait suffi à rendre les gardes à vue conformes à l'article 6 de la Convention ? Il faut répondre par la négative, en considérant la formulation des attendus de principe et en rappelant que la Cour européenne, quoique de façon parfois confuse, impose la même garantie ».

décidant que l'article 6 de la Convention précitée doit s'appliquer aux instances en cours et en rejetant tout report d'inconventionnalité⁴¹⁴⁹.

830. Dans une circulaire du même jour, datée du 15 avril 2011 (Circ. CRIM-11-8-E6-15), la chancellerie a demandé aux magistrats du siège et du parquet une prise en compte immédiate de la solution dégagée par l'Assemblée plénière et d'appliquer de façon anticipée les seules dispositions de la loi du 14 avril 2011 relatives à la notification du droit au silence et à l'assistance de l'avocat lors des auditions⁴¹⁵⁰. La situation a été confuse, complexe et *a priori* inédite⁴¹⁵¹. La chambre criminelle s'est finalement alignée sur la position de l'Assemblée plénière en abandonnant l'effet différé de la déclaration d'inconventionnalité et en décidant, pour les gardes à vue et retenues douanières antérieures au 15 avril 2011, que les juges du fond ne doivent pas écarter la nullité de ces actes coercitifs si les suspects n'ont pas reçu notification du droit au silence et n'ont pu bénéficier de l'assistance d'un avocat⁴¹⁵².

831. En application des jurisprudences européennes *Adamkiewicz* et *Brusco* de 2010, elle a alors considéré qu'aucune déclaration faite par la personne en garde à vue sans la présence d'un avocat ne peut constituer le fondement de sa culpabilité, la personne ayant, dans ce cas, contribué à sa propre incrimination⁴¹⁵³. Ce faisant, la Cour de cassation a anticipé, pour des procédures menées avant son entrée en vigueur, la mise en œuvre de la loi du 14 avril 2011 sur la garde à vue, qui a consacré ce

⁴¹⁴⁹ L'Assemblée plénière n'a pas décidé l'application immédiate de la loi du 14 avril 2011, mais d'anticiper ses principales orientations afin de répondre aux exigences conventionnelles, notamment la notification du droit au silence au gardé à vue et le droit d'être assisté par un avocat pendant les interrogatoires.

⁴¹⁵⁰ S. PELLE, La réforme de la garde à vue : problèmes de droit transitoire, A.J. pénal, 2011, p. 235 et s., spéc. p. 237, précisant néanmoins que toutes les dispositions techniques de la loi nouvelle paraissent inapplicables avant son entrée en vigueur officielle (notamment le délai de carence de deux heures, la dérogation spéciale en matière de criminalité organisée et l'accès à certains éléments du dossier). Il est piquant de constater que la circulaire du 15 avril, après avoir rappelé que la loi du 14 avril ne s'applique qu'à compter du 1^{er} juin 2011, justifie d'appliquer dès maintenant les seules dispositions de la loi nouvelle relatives à la notification du droit au silence et à l'intervention de l'avocat lors des auditions au nom des « principes de sécurité juridique et de bonne administration de la justice », lesquels principes permettaient quelques mois plus tôt à la chambre criminelle (Cass. crim., 19 oct. 2010, préc.) de reporter la mise en œuvre effective des principes qu'ils affirmaient. En se fondant sur ceux-ci, la chambre criminelle aurait donc pu dégager une solution différente dans ses arrêts du 19 octobre 2010 et décider de ne pas différer la déclaration d'inconventionnalité de la garde à vue !

⁴¹⁵¹ Pour des critiques : G. ROUJOU DE BOUBÉE, La réforme de la garde à vue (commentaire de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011), D., 2011, chron., p. 1570 et s., spéc. n°23, p. 1575 ; C. AMBROISE-CASTEROT, Quelle place pour l'avocat en garde à vue ?, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 1 et s., spéc. p. 3.

⁴¹⁵² Cass. crim., 31 mai 2011 (4 arrêts), n°11-80034, Bull. crim., n°113 ; n°10-88293, Bull. crim., n°114 ; n°10-88809, Bull. crim., n°115 ; n°11-81412, Bull. crim., n°116 ; D., 2011, act., p. 1563 et D., 2011, p. 2084, note H. MATSOPOULOU ; J.C.P., 2011, 756, note (critique) J. PRADEL ; Procédures, 2011, comm. n°240, note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Rev. sc. crim., 2011, p. 412, obs. A. GIUDICELLI. Rendus au visa de l'article 6 §3 de la Convention, ces arrêts reprennent l'attendu des arrêts du 19 octobre 2010 ; Cass. crim., 14 déc. 2011, Bull. crim., n°256. Rapp., Cass. crim., 31 mai 2011, Bull. crim., n°111, préc. V. E. VERNY, L'interprétation des lois pénales de forme, Mélanges J.-L. BERGEL, Le droit entre autonomie et ouverture, Bruylant, 2013, p. 939 et s., spéc. p. 942 et 943.

⁴¹⁵³ Cass. crim., 11 mai 2011, Bull. crim., n°97 ; D., 2011, p. 1421, obs. C. GIRAULT ; A.J. pénal, 2011, jurisp., p. 371, obs. L. ASCENSI ; J.C.P., 2011, 819, note X. PIN, notant, avec justesse, que « le glas de la religion de l'aveu a sonné » ; Procédures, 2011, comm. n°241, note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Rev. sc. crim., 2011, p. 414, obs. J. DANET.

principe à l'article préliminaire du Code de procédure pénale⁴¹⁵⁴. Ce texte a été enrichi d'un alinéa aux termes duquel, « en matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui ». La nuance – de taille – entre la jurisprudence et la loi réside dans l'ajout du terme « seul » au sein de cette dernière. En clair, « le principe inscrit par le législateur dans l'article préliminaire supposerait pour être conforme à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qu'on écarte le mot "seul" »⁴¹⁵⁵.

832. Même si la chambre criminelle a assoupli sa position après l'arrêt du 11 mai 2011 précité⁴¹⁵⁶, elle reste néanmoins plus exigeante que ces nouvelles dispositions⁴¹⁵⁷. Reprenant la même motivation dans de nombreux arrêts, celle-ci refuse de censurer les décisions des juges du fond qui n'ont pas prononcé la nullité de gardes à vue irrégulières, dès lors que pour retenir la culpabilité de la personne poursuivie, les juges ne se sont fondés « ni exclusivement ni même essentiellement sur les déclarations recueillies au cours des gardes à vue »⁴¹⁵⁸. S'il a été possible de croire à l'abandon de cette solution⁴¹⁵⁹, *a priori* contraire aux exigences conventionnelles⁴¹⁶⁰, la Cour de cassation semble la maintenir⁴¹⁶¹. Or,

⁴¹⁵⁴ V. A.-S. CHAVENT-LECLERE, note sous Cass. crim., 11 mai 2011, Procédures, 2011, comm. n°241, concluant que « si d'aucuns hésitaient sur le caractère rétroactif de la jurisprudence pénale, le doute n'est aujourd'hui plus permis, surtout lorsque cette dernière opère *in favorem* ».

⁴¹⁵⁵ J. DANET, obs. sur Cass. crim., 11 mai 2011, Rev. sc. crim., 2011, p. 414, spéc. p. 415. V. aussi, D. THOMAS, A propos de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue : les leçons d'une réforme hâtive, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 771 et s., spéc. n°39 et 40, p. 784 et 785, pour qui « la réécriture de l'alinéa contesté, en l'alignant sur le texte européen, semble, à brève échéance inéluctable ».

⁴¹⁵⁶ Dans cet arrêt, le seul fait que la déclaration de culpabilité se fonde sur les déclarations de garde à vue, ne serait-ce qu'à titre de preuve corroborante, semble suffire à entraîner la nullité de l'arrêt.

⁴¹⁵⁷ Qui ne prohibent que les condamnations qui seraient prononcées contre une personne sur le seul fondement de déclarations faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat ou être assistée par lui. V. J. DANET, obs. sur Cass. crim., 14 mars 2012, Cass. crim., 21 mars 2012, Cass. crim., 31 mai 2012 et Cass. crim., 13 juin 2012, Rev. sc. crim., 2012, p. 631.

⁴¹⁵⁸ Cass. crim., 6 déc. 2011, Bull. crim., n°247 ; Rev. sc. crim., 2012, p. 185, obs. J. DANET ; Cass. crim., 7 fév. 2012, Bull. crim., n°37 ; Cass. crim., 6 mars 2012, Bull. crim., n°60 ; Procédures, 2012, comm. n°197, obs. J. BUISSON (les termes « exclusivement » et « essentiellement » n'apparaissant pas) ; Cass. crim., 14 mars 2012, Bull. crim., n°72 ; Cass. crim., 14 mars 2012, Bull. crim., n°73 ; Rev. sc. crim., 2012, p. 631, obs. J. DANET ; Cass. crim., 21 mars 2012, Bull. crim., n°78 ; Dr. pénal, 2012, comm. n°78, note A. MARON et M. HAAS ; Rev. sc. crim., 2012, p. 631, obs. J. DANET ; Cass. crim., 31 mai 2012, Bull. crim., n°141 ; Rev. sc. crim., 2012, p. 631, obs. J. DANET ; Cass. crim., 13 juin 2012, Bull. crim., n°147 ; Rev. sc. crim., 2012, p. 631, obs. J. DANET ; Cass. crim., 12 sept. 2012, Bull. crim., n°185 ; Cass. crim., 18 sept. 2012, Bull. crim., n°190 ; Cass. crim., 12 déc. 2012, Bull. crim., n°275 ; Dr. pénal, 2013, comm. n°29 (1^{er} arrêt), note A. MARON et M. HAAS ; Rev. sc. crim., 2013, p. 109, obs. (critiques) J. DANET ; Cass. crim., 24 avril 2013, Bull. crim., n°101.

⁴¹⁵⁹ V. Cass. crim., 7 nov. 2012, Inédit, n°11-87856 ; X. SALVAT, Actualité de la garde à vue : des précisions et des nouveautés, Rev. sc. crim., 2012, chron., p. 887 et s., spéc. p. 889, espérant une évolution de la jurisprudence en ce sens.

⁴¹⁶⁰ V. CEDH, 27 oct. 2011, *Stojkovic / France et Belgique*, n°25303/08, §50 ; Procédures, 2011, comm. n°368, note N. FRICERO, pour une audition en qualité de témoin assisté, sur commission rogatoire : « Il est en principe porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance préalable d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation. Cela découle notamment de la nécessité de protéger l'accusé contre toute coercition abusive de la part des autorités (...) » ; CEDH, 17 janv. 2012, *Fidanci / Turquie*, n°17730/07 (en anglais), §37 à 39.

⁴¹⁶¹ Après l'arrêt du 7 novembre 2012, la Cour de cassation a repris sa solution classique : V. Cass. crim., 12 déc. 2012, Bull. crim., n°275, préc. ; Cass. crim., 24 avril 2013, Bull. crim., n°101, préc. ; Cass. crim., 12 fév. 2014, Bull. crim., n°41 ; J.C.P., 2014, 266, obs. F. FOURMENT : une chambre de l'instruction ayant retenu des charges suffisantes à l'encontre d'une personne et prononcé son renvoi devant la cour d'assises ne s'est fondée ni exclusivement ni même essentiellement sur ses déclarations recueillies en garde à vue. Cet arrêt marque « une profonde entorse à l'application de la théorie de la nullité des actes de procédure », car la théorie du « grief nécessaire » devrait s'appliquer. Or, la Cour européenne « appréciera de plus fort, si elle devait écrire enfin, plus clairement que ce que les arrêts *Salduz-Dayanan-Brusco* peuvent toutefois laisser supposer, que, le droit de la personne gardée à vue à l'assistance d'un avocat et son droit à être informée de son droit de se

elle se doit de l'abandonner. Il apparaît contraire au droit à un procès équitable que des déclarations irrégulièrement recueillies en garde à vue puissent corroborer d'autres éléments de preuve pour fonder la culpabilité d'un prévenu ou d'un accusé⁴¹⁶². L'évolution de cette jurisprudence s'impose pour une autre raison. La chambre criminelle adopte une position restrictive quant à l'allégation de la violation de l'article 6 §3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ce texte ne peut être invoqué pour la première fois devant elle à l'appui d'un moyen selon lequel la déclaration de culpabilité repose sur des déclarations recueillies dans le cadre d'une garde à vue irrégulière⁴¹⁶³. Réduisant de manière considérable la portée de l'article 6 §3 de la Convention⁴¹⁶⁴, une telle jurisprudence écarte le moyen consistant à arguer de la violation de cette disposition, comme mélangé de fait et de droit s'il est présenté pour la première fois devant la Cour de cassation. Or, pareille mise à l'écart du moyen « perdra de sa prégnance si la Cour de cassation admet désormais, en dehors de toute exception de nullité, qu'une condamnation ne peut intervenir sur la base, même pour partie, des déclarations faites dans le cadre d'une garde à vue irrégulière »⁴¹⁶⁵.

833. La réforme de la garde à vue par la loi du 14 avril 2011 réalise des avancées sur la protection des droits de la défense. Mais elle déçoit tout de même à ce sujet⁴¹⁶⁶. Une critique d'ordre général a été

taire, participant du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, doit rencontrer la même sanction : l'application de la théorie jurisprudentielle européenne de la privation *ab initio* de toute chance de procès équitable, autrement dit, sans examen rétrospectif, *in globo* et *in concreto* de l'effet produit par l'inobservation de ces droits sur le caractère équitable du procès » : F. FOURMENT, obs. sur Cass. crim., 12 fév. 2014, préc. ; Cass. crim., 30 avril 2014, n°08-85410 et 12-85115, E.C.P.B. ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2014, chron. préc., spéc. n°29 et les arrêts cités.

⁴¹⁶² C'est pourquoi les auteurs se montrent, à juste titre, critiques à l'égard de cette jurisprudence exposant, de surcroît, à une condamnation du juge de Strasbourg : J. DANET, obs. sur Cass. crim., 6 déc. 2011, Rev. sc. crim., 2012, p. 185, spéc. p. 188, et obs. préc. sur Cass. crim., 14 mars 2012 et les autres arrêts, spéc. p. 632 ; A. MARON et M. HAAS, note sous Cass. crim., 21 mars 2012, Dr. pénal, 2012, comm. n°78 et note sous Cass. crim., 12 déc. 2012, Dr. pénal, 2013, comm. n°29, soulignant qu'« à partir du moment où les juges se fondent, au moins pour partie, sur des pièces entachées de nullité, il nous apparaît bien difficile – en tout cas pour la Cour de cassation, juge du droit – d'apprécier elle-même quel a été le poids respectif des différents éléments de preuve retenus et... souverainement appréciés par ces juges » ; D. ROETS, V. TELLIER-CAYROL, La loi du 14 avril 2011, entre la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel, Gaz. pal., 28-30 juill. 2013, n°209 à 211, p. 4 et s., spéc. p. 9 ; F. DESPREZ, Le droit de ne pas s'auto-incriminer, entre nécessité de garanties entourant l'aveu et impératifs liés à l'efficacité judiciaire, in Politique(s) criminelle(s), Mélanges C. LAZERGES, Dalloz, 2014, p. 569 et s., spéc. p. 572 à 577.

⁴¹⁶³ Cass. crim., 27 mars 2012, Inédit, n°11-86140 ; Cass. crim., 10 mai 2012, Bull. crim., n°112 ; Cass. crim., 23 mai 2012, Bull. crim., n°132 ; Cass. crim., 30 mai 2012, Bull. crim., n°137. Rapp., Cass. crim., 9 nov. 2011, Bull. crim., n°230 ; Cass. crim., 8 nov. 1993, Bull. crim., n°327. Les autres chambres considèrent également qu'une partie ne saurait invoquer pour la première fois devant la Cour de cassation un moyen tiré de la violation de ladite Convention, un tel moyen étant mélangé de fait et de droit : V. X. SALVAT, *op. cit.*, p. 890 et les arrêts cités en note.

⁴¹⁶⁴ En ce sens, X. SALVAT, *op. et loc. cit.*, prenant soin de distinguer ensuite deux hypothèses différentes, celle du prévenu contestant la régularité de sa garde à vue et celle du prévenu qui n'a pas contesté la régularité de sa garde à vue, mais qui discute la valeur probante des déclarations ou aveux faits dans ce cadre parce qu'il n'a pas reçu notification de son droit au silence et n'a pas bénéficié de l'assistance effective d'un avocat.

⁴¹⁶⁵ X. SALVAT, *op. cit.*, p. 891.

⁴¹⁶⁶ Expriment leur déception, les auteurs ont critiqué la loi modifiant le régime de la garde à vue : V. D. MARAIS, Insatisfaisant ! A propos de la réforme de la garde à vue, J.C.P., 2011, libres propos, 540 ; H. MATSOPOULOU, Une réforme inachevée. A propos de la loi du 14 avril 2011, J.C.P., 2011, 542 ; M.-L. RASSAT, A remettre sur le métier. Des insuffisances de la réforme de la garde à vue, J.C.P., 2011, libres propos, 632 ; J. PRADEL, Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue. A propos de la loi du 14 avril 2011, J.C.P., 2011, Etude, 665 ; A.-S. CHAVENT-LECLERE, La garde à vue est morte, vive la garde à vue ! A propos de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011, Procédures, 2011, Etude n°7 ; G. ROUJOU DE BOUBEE, La réforme de la garde à vue, *op. cit.* ; B. REBSTOCK, L'évolution de la garde à vue, in Problèmes actuels de sciences criminelles, t. XXIV, P.U.A.M., 2013, p. 21 et s., spéc. p. 30 ; D. THOMAS, A propos de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 (...), *op. cit.*, p. 775, évoquant « une réforme *a minima* » ; C. AMBROISE-CASTEROT, Quelle place

d'emblée formulée. Le système français manquerait globalement de cohérence. Celui-ci accorde les droits de la défense aux seuls suspects et placés sous la contrainte⁴¹⁶⁷. Or, si de tels droits « procèdent de la coercition », ils la précèderaient en réalité ; de sorte que c'est la suspicion qui devrait engendrer l'exercice de ces droits, indépendamment de la coercition employée à l'encontre de la personne⁴¹⁶⁸. Valable pour la garde à vue, ce raisonnement se vérifiait avec le défèrement. En instaurant le statut de l'audition libre et en réformant, de façon assez générale, le droit à l'information en procédure pénale, la loi n°2014-535 du 27 mai 2014, entrée en vigueur pour l'essentiel le 2 juin 2014, remet non seulement en cause ce lien traditionnel, mais renforce de surcroît les droits des personnes soumises à la coercition. Puisque la présentation au parquet revêt un caractère coercitif, l'individu se trouvant retenu contre son gré, les droits de la défense doivent s'exercer. Or, avant la loi de mai 2014, la personne poursuivie n'avait pas accès au dossier et ne pouvait être assistée d'un avocat lors du défèrement⁴¹⁶⁹. Certes, l'article 393 du C.P.P. n'autorisait pas le procureur de la République à l'interroger, ni à consigner ses déclarations sur les faits en cause ou à lui demander de réitérer ses aveux passés en garde à vue, sous peine de méconnaître les droits de la défense⁴¹⁷⁰. Selon les nouvelles dispositions de ce texte, la personne déférée bénéficie de l'information sur ses droits (droit au silence, droit d'être assistée par un interprète, information sur les faits qui lui sont reprochés et leur qualification juridique, information sur le droit à l'assistance d'un avocat), elle peut être assistée d'un avocat qui peut formuler des observations, enfin elle a la possibilité de consulter elle-même le dossier si elle ne jouit pas d'une telle assistance, ce qui constitue un progrès notable⁴¹⁷¹. Eu égard à

(...), *op. cit.*, p. 1, notant que cette loi « assure une sorte de service minimum au regard des exigences européennes » ; E. GINDRE, *op. cit.*, p. 304 et s.

⁴¹⁶⁷ V. not., C.C., Q.P.C., 18 nov. 2011, n° n°2011-191/194/195/196/197, préc., cons. 19 : « Considérant que, si le respect des droits de la défense impose, en principe, qu'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction ne peut être entendue, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, sans bénéficier de l'assistance effective d'un avocat, cette exigence constitutionnelle n'impose pas une telle assistance dès lors que la personne soupçonnée ne fait l'objet d'aucune mesure de contrainte et consent à être entendue librement ». Sur ce point, le très bon éclairage de T.-S. RENOUX, X. MAGNON, obs. sur C.C., Q.P.C., 18 nov. 2011, R.P.D.P., 2012, p. 719, spéc. p. 720 et 721, expliquant que c'est le critère de la contrainte employée par les enquêteurs qui a été retenu par le juge constitutionnel, « rapprochant dès lors le droit à l'avocat du droit au juge, ici magistrat judiciaire : d'une part, l'usage du régime de la garde à vue implique en lui-même l'existence d'une contrainte ; d'autre part, le respect des droits de la défense n'impose pas l'assistance de l'avocat dès lors que la personne soupçonnée ne fait l'objet d'aucune mesure de contrainte et consent à être entendue librement ».

⁴¹⁶⁸ E. MATHIAS, *op. cit.*, n°5 et n°12 ; J. ALIX, Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives, D., 2011, chron., p. 1699 et s., spéc. n°4 à n°14, p. 1700 à 1702 ; C. GUERY, L'avenir du suspect (suite...), A.J. pénal, 2013, pratiques, p. 459 et s., not. p. 460 et 461.

⁴¹⁶⁹ C.C., Q.P.C., 6 mai 2011, n°2011-125, préc., cons. 12. Cette situation a été dénoncée : V. par ex., H. MATSOPOULOU, La coordination enquête policière et « nouvelle » instruction, in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, Thèmes et commentaires, V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), p. 193 et s., spéc. p. 198.

⁴¹⁷⁰ C.C., Q.P.C., 6 mai 2011, n°2011-125, préc., cons. 13 (réserve d'interprétation). Sur ce point, J. ALIX, *op. cit.*, n°7, p. 1700 ; J. DANET, obs. sur Cass. crim., 1^{er} mars 2011 et C.C., 6 mai 2011, Rev. sc. crim., 2011, p. 415, spéc. p. 417, critiquant l'absence d'avocat lors de cette phase de la procédure, mettant en doute sa conventionnalité et évoquant « la réserve bancaire du Conseil constitutionnel ». Seul le défèrement en matière de criminalité organisée, régi par l'article 706-106 du C.P.P., prévoyait le droit d'être assisté d'un avocat et la jurisprudence faisait preuve de fermeté, refusant cette assistance lors du défèrement lorsqu'il ne s'agissait pas d'une enquête de délinquance organisée : Cass. crim., 3 nov. 2011, Bull. crim., n°226. Généralisant le droit d'être assisté d'un avocat au cours du défèrement, la loi du 27 mai 2014 a abrogé l'article 706-106 du C.P.P.

⁴¹⁷¹ Le défèrement au procureur de la République a subi une évolution importante avec la loi du 27 mai 2014, puisque ce magistrat entend les observations de l'avocat si la personne bénéficie d'une telle assistance. Selon les dispositions de l'article 393 du C.P.P., celles-ci portent notamment sur la régularité de la procédure, sur la qualification retenue, sur le caractère

l'importance du choix du parquet sur le sort réservé à la personne, le rôle du conseil ne devrait néanmoins pas être limité comme il l'est à ce stade procédural. Il faut assurer le contradictoire⁴¹⁷².

834. Affirmé à l'article 63-3-1 du C.P.P.⁴¹⁷³, le droit à l'assistance effective de l'avocat en garde à vue comprend plusieurs éléments : la réaffirmation de l'entretien initial de trente minutes, l'assistance lors des auditions et confrontations et la consultation des procès-verbaux. Il s'agit du cœur de la réforme opérée par la loi du 14 avril 2011. En premier lieu, l'entretien confidentiel de trente minutes entre le suspect et l'avocat dès le début de la garde à vue est maintenu⁴¹⁷⁴. De même, ce droit existe toujours en cas de prolongation de la mesure⁴¹⁷⁵. La doctrine a néanmoins soulevé un problème non réglé par les textes et qui se pose en pratique : le cas dans lequel la garde à vue commence en même temps qu'une perquisition et où le suspect exige, comme la loi l'y autorise, à s'entretenir trente minutes avec un avocat⁴¹⁷⁶. L'avocat peut-il intervenir en pleine perquisition ? « Peut-il exiger d'avoir un entretien avec son client, dans une pièce permettant la confidentialité, puisque le droit à l'avocat est, selon la loi, immédiat, c'est-à-dire dès le début de la garde à vue »⁴¹⁷⁷ ? Il semble que la pratique des parquets soit contradictoire sur ce point, mais en pratique certains procureurs acceptent que cet entretien ait lieu sur place, en interrompant pendant trente minutes la perquisition. Et dès l'entretien terminé, l'avocat doit partir, car en l'état du droit positif, celui-ci n'est pas autorisé à assister aux perquisitions menées au domicile de son client⁴¹⁷⁸. La loi changera peut-être un jour à cet égard⁴¹⁷⁹.

éventuellement insuffisant de l'enquête et sur la nécessité de procéder à de nouveaux actes. Le procureur peut alors décider de la poursuite de l'enquête, d'ouvrir une information, de poursuivre le prévenu ou de prendre toute autre décision sur l'action publique en application de l'article 40-1 du C.P.P.

⁴¹⁷² Certes, l'avocat semble désormais pouvoir influencer sur le choix relatif à l'orientation de la procédure. Mais le peut-il vraiment dans la mesure où son rôle paraît cantonné à faire des observations sur la régularité de la procédure, sur la qualification retenue, sur le caractère insuffisant de l'enquête et sur la nécessité d'accomplir de nouveaux actes ? Est-ce suffisant pour influencer le choix du ministère public ? V. F. FOURMENT, Le défèrement nouveau, ou l'assistance sans contradictoire (assumé), *Gaz. pal.*, 27-29 juill. 2014, n°208 à 210, p. 19 et s., not. p. 20, notant, avec raison, qu'« il importe que les droits de la défense et le contradictoire s'exercent au stade du défèrement ».

⁴¹⁷³ Les articles 63-3-1, 63-4, 63-4-1 à 63-4-4 remplacent l'ancien article 63-4 du C.P.P. En cas de confrontation avec la personne gardée à vue, la victime peut également être assistée d'un avocat : art. 63-4-5 du C.P.P.

⁴¹⁷⁴ Art. 63-4 du C.P.P.

⁴¹⁷⁵ Mais l'avocat du gardé à vue n'a pas à être entendu en ses observations préalablement à la décision sur la prolongation de l'acte coercitif. Les prescriptions légales « ne sont pas contraires aux articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui n'exigent pas la présence de l'avocat à ce stade de la procédure, les droits de la défense de la personne concernée étant assurés par celui qu'elle a de s'entretenir avec un avocat à différents moments de la garde à vue et d'être assistée par ce conseil lors de ses auditions » : *Cass. crim.*, 22 oct. 2013, *Bull. crim.*, n°196.

⁴¹⁷⁶ C. AMBROISE-CASTEROT, *op. cit.*, p. 6.

⁴¹⁷⁷ *Ibid.*

⁴¹⁷⁸ Les requérants qui ont contesté les textes du Code de procédure pénale, issus de la loi du 14 avril 2011, ont critiqué, dans leur question prioritaire de constitutionnalité, l'exclusion de l'avocat au cours des actes d'investigation, notamment lors des perquisitions (V. C.C., Q.P.C., 18 nov. 2011, n°2011-191/194/195/196/197, *préc.*, cons. 22 et 28). Or, le juge constitutionnel n'a pas pris la peine de répondre directement à ce grief alors qu'il existe un vrai risque d'auto-incrimination. Sur ce point, E. VERGES, *Garde à vue : le rôle de l'avocat au cœur d'un conflit de normes nationales et européennes*, D., 2011, point de vue, p. 3005 et s., *spéc.* p. 3006. V. aussi, *Cass. crim.*, 3 avril 2013, *Bull. crim.*, n°74, *préc.* ; *Cass. crim.*, 22 oct. 2013, *Bull. crim.*, n°196, *préc.* ; *Comp.*, pour les opérations de visite et saisie en vue de rechercher la preuve de pratiques anticoncurrentielles : art. L. 450-4, al. 5 du Code de commerce ; *Cass. crim.*, 27 nov. 2013, *Bull. crim.*, n°242 ; D., 2014, p. 323, obs. P. LABROUSSE et *Cass. crim.*, 27 nov. 2013, *Bull. crim.*, n°241, jugeant que l'entreprise visitée a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début des opérations, dès le stade de l'enquête préalable. Cela est d'ailleurs exigé par le juge de Luxembourg (sur ce point, P. LABROUSSE, obs. *préc.*, p. 324) ; *Cass. crim.*, 25 juin 2014, *Procédures*, 2014, comm. n°250, note (approbative) A.-S. CHAVENT-LECLERE, pour une cassation prononcée au visa du principe des droits de la défense.

⁴¹⁷⁹ *Ibid.*

835. En deuxième lieu, l'article 63-4-2, alinéa 1, du C.P.P. prévoit la possibilité pour l'avocat d'assister aux auditions et confrontations du gardé à vue. Sauf lorsqu'elle porte sur les seuls éléments d'identité, la première audition ne peut alors débiter hors la présence de l'avocat choisi ou commis d'office, qui dispose d'un délai de deux heures pour se rendre dans les locaux de police ou de gendarmerie⁴¹⁸⁰. Passé ce délai de carence, l'audition peut débiter même si le défenseur n'est pas encore arrivé. Si l'audition ou la confrontation a déjà commencé lors de sa présentation, le suspect peut la faire interrompre pour s'entretenir avec lui. A défaut, l'audition se poursuit en présence de l'avocat⁴¹⁸¹. Quoiqu'il en soit, ce dernier dispose d'une marge de manœuvre réduite pendant les auditions⁴¹⁸². Celles-ci (comme les confrontations) sont menées « sous la direction » de l'enquêteur qui peut d'ailleurs, « à tout moment, en cas de difficulté, y mettre un terme et en aviser immédiatement le procureur de la République qui informe, s'il y a lieu, le bâtonnier aux fins de désignation d'un autre avocat »⁴¹⁸³. L'avocat peut néanmoins prendre des notes au cours des auditions⁴¹⁸⁴, poser des questions et présenter des observations écrites à l'issue de celles-ci⁴¹⁸⁵. L'O.P.J. peut s'opposer aux questions posées lorsqu'elles sont de nature à nuire au bon déroulement de l'enquête⁴¹⁸⁶. Si la présence de l'avocat est possible pendant les auditions et confrontations en garde à vue, elle ne doit pas être « trop gênante », auquel cas elle reste susceptible, « peu ou prou, d'être matériellement écartée »⁴¹⁸⁷.

836. En troisième lieu, l'article 63-4-1 du C.P.P. énonce qu'à sa demande, l'avocat peut consulter le procès-verbal de notification du placement en garde à vue et des droits y étant attachés, le certificat médical, ainsi que les procès-verbaux d'audition de son client. Ajouté par la loi n°2014-535 du 27 mai 2014, le second alinéa dudit article précise que la personne gardée à vue peut également consulter ces documents ou une copie de ceux-ci. Le nombre de documents auxquels l'avocat ou le gardé à vue a le droit d'accéder reste limité. Il ne peut pas consulter, par exemple, la plainte, les procès-verbaux d'audition de la victime et d'interpellation, ceux de perquisition ou de tout acte d'investigation antérieur, concomitant ou postérieur à la garde à vue. Il n'a pas accès à l'intégralité du dossier de la

⁴¹⁸⁰ Ce délai de deux heures court à compter de l'avis adressé à l'avocat ou au bâtonnier, dans les formes prévues à l'article 63-3-1 du C.P.P. Il doit être respecté uniquement pour la première audition. S'agissant des auditions ou confrontations suivantes, l'O.P.J. prévient l'avocat de l'heure à laquelle elles se dérouleront, mais il n'est prévu aucun délai de carence.

⁴¹⁸¹ Art. 63-4-2, al. 2 du C.P.P.

⁴¹⁸² Il a « principalement un rôle de simple contrôleur de la mesure » : C. AMBROISE-CASTEROT, *op. cit.*, p. 7.

⁴¹⁸³ Art. 63-4-3, al. 1 du C.P.P.

⁴¹⁸⁴ Art. 63-4-2, al. 1 *in fine* du C.P.P.

⁴¹⁸⁵ Art. 63-4-3, al. 2 et 3 du C.P.P.

⁴¹⁸⁶ L'avocat peut alors consigner les questions refusées par l'enquêteur. Celles-ci sont jointes à la procédure. L'avocat peut adresser ses observations au parquet pendant la durée de la garde à vue. V. Cass. crim., 20 nov. 2013, Procédures, 2014, comm. n°24, note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Gaz. pal., 9-11 fév. 2014, n°40 à 42, p. 41, obs. F. FOURMENT, d'où il ressort que le refus par l'O.P.J. de permettre à l'avocat du mineur gardé à vue de poser de nouvelles questions peut être seulement contesté auprès du procureur de la République par la rédaction d'observations écrites. La chambre criminelle ruine ainsi « les chances de voir prospérer les requêtes en annulation prises du refus opposé par l'O.P.J. ou l'A.P.J. aux questions de l'avocat à l'issue de l'audition » (F. FOURMENT, obs. préc. sur cet arrêt).

⁴¹⁸⁷ A.-S. CHAVENT-LECLERE, La garde à vue est morte (...), *op. cit.*, spéc. n°23.

procédure⁴¹⁸⁸. De plus, il lui est interdit de faire des photocopies des pièces, il peut simplement prendre des notes. Aussi louable soit-elle, cette évolution demeure sans doute insuffisante au regard des exigences européennes. L'avocat doit librement exercer « les éléments fondamentaux de la défense », comme « la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires (...) »⁴¹⁸⁹. Pour que son intervention soit véritablement effective, il devrait avoir accès au dossier complet⁴¹⁹⁰.

837. Saisi de plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation⁴¹⁹¹, dont l'une spécifique à l'article 63-4-1 du C.P.P. qui n'offre pas à l'avocat du gardé à vue un accès à l'entier dossier⁴¹⁹², le Conseil constitutionnel a considéré que « les dispositions contestées n'ont pas pour objet de permettre la discussion de la légalité des actes d'enquête ou du bien-fondé des éléments de preuve rassemblés par les enquêteurs, qui n'ont pas donné lieu à une décision de poursuite de l'autorité judiciaire et qui ont vocation, le cas échéant, à être discutés devant les juridictions d'instruction ou de jugement ». Ces dispositions « n'ont pas davantage pour objet de permettre la discussion du bien-fondé de la mesure de garde à vue enfermée par la loi dans un délai de vingt-quatre heures renouvelables une fois »⁴¹⁹³. En limitant l'accès de l'avocat aux seules pièces relatives à la procédure de garde à vue et aux auditions antérieures de la personne gardée à vue, le législateur a établi entre les deux intérêts en présence opposés, à savoir le « respect des droits de la défense » et

⁴¹⁸⁸ La difficulté à cerner exactement ce qu'est un dossier a été soulignée, lorsque la procédure est suivie en enquête préliminaire ou en flagrance. « En dehors des procès-verbaux formalisés, les notes des enquêteurs, les indications non vérifiées, les comptes rendus informels d'entretiens téléphoniques, les documents ou objets disséminés en plusieurs lieux font-ils partie de ce qu'il faudrait appeler le dossier ? » : X. SALVAT, *op. cit.*, p. 892. Sur la réfutation de cet argument et la discussion de tous les arguments pratiques et juridiques avancés afin de refuser l'accès au dossier complet : V. G. TAUPIAC-NOUVEL, A. BOTTON, La réforme du droit à l'information (...), *op. cit.*, n°12 à 17.

⁴¹⁸⁹ CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan / Turquie*, préc., §32.

⁴¹⁹⁰ Même si la Cour de Strasbourg ne vise pas expressément l'accès au dossier, on peut envisager que cet accès découle de « l'organisation de la défense ». En ce sens aussi, D. MARAIS, *op. cit.*, spéc. n°4 ; H. MATSOPOULOU, Une réforme (...), *op. cit.*, spéc. 2° ; E. GINDRE, *op. cit.*, p. 306 ; J. ALIX, *op. cit.*, n°25 et s., p. 1705 et 1706 ; J. LEROY, La garde à vue : des pistes pour une réforme, in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, Thèmes et commentaires, V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), p. 179 et s., spéc. p. 191 et 192 ; S. RAPIN, Le droit à l'assistance effective d'un avocat pendant la garde à vue, *Gaz. pal.*, 28-30 juill. 2013, n°209 à 211, p. 23 et s., not. p. 24 ; Y. CAPDEPON, Le principe de la garantie (...), *op. cit.*, n°22, p. 88, pour qui « il aurait mieux valu que le législateur adopte la méthode inverse : admettre par principe l'accès à l'entier dossier, tout en prévoyant des exceptions fondées sur les spécificités et les exigences propres à chaque affaire » ; O. BACHELET, Droits de la défense : transposition ambivalente de la « directive information », *Gaz. pal.*, 31 janv.-1^{er} fév. 2014, n°31 à 32, p. 9 et s., spéc. p. 10 ; A. FAUTRE-ROBIN, *op. cit.*, p. 18. Rapp., D. THOMAS, A propos de la loi (...), *op. cit.*, n°36, p. 783, sur l'information complète du suspect et de son avocat. Cependant, il a été signalé que les droits anglo-saxons, dits « accusatoires et très influents sur la jurisprudence de la Cour, n'octroient pas d'accès au dossier de la procédure à l'avocat du gardé à vue. (...) Ces droits garantissent parfaitement l'information du suspect quant à ses droits, notamment le droit au silence, mais certainement pas le droit de savoir ce que contient le dossier de l'accusation pendant la phase de garde à vue » : C. AMBROISE-CASTEROT, *op. cit.*, p. 8.

⁴¹⁹¹ La loi du 14 avril 2011 n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel pour un contrôle *a priori*. V. Cass. crim., 6 sept. 2011, *Bull. crim.*, n°171 ; Cass. crim., 6 sept. 2011, *Bull. crim.*, n°172 et Cass. crim., 6 sept. 2011, *Bull. crim.*, n°173. Dans ces questions prioritaires de constitutionnalité, il est soutenu que ladite loi méconnaît les principes fondamentaux, tels que les droits de la défense, le droit à une procédure juste et équitable et le principe de rigueur nécessaire des mesures de contrainte. Le Conseil d'Etat a également procédé au renvoi de la question posée : CE, 23 août 2011, n°349752, *Etrillard*.

⁴¹⁹² Cass. crim., 6 sept. 2011, *Bull. crim.*, n°170.

⁴¹⁹³ C.C., Q.P.C., 18 nov. 2011, n°2011-191/194/195/196/197, préc., cons. 28, rejetant les griefs tirés de ce que les dispositions relatives à l'acte coercitif n'assureraient pas l'équilibre des droits des parties et le caractère contradictoire de cette phase de la procédure pénale. Selon le Conseil, l'accès limité au dossier ne porte donc pas une atteinte à l'exigence constitutionnelle du respect des droits de la défense.

« l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions » une « conciliation qui n'est pas déséquilibrée » et l'article 63-4-1 du C.P.P. n'est contraire à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit⁴¹⁹⁴.

838. Ainsi les juges de la rue Montpensier acceptent-ils la restriction d'accès au dossier et admettent une atteinte aux droits de la défense ; mais celle-ci n'entraîne pas un déséquilibre suffisant pour provoquer une censure⁴¹⁹⁵. Ils refusent l'application du principe du contradictoire lors de l'enquête de police : « le renforcement des droits de la défense n'impose pas une "juridictionnalisation de la garde à vue" »⁴¹⁹⁶. Cette position du Conseil constitutionnel laisse dubitatif. Il apparaît quelque peu paradoxal de reconnaître le caractère déterminant de la garde à vue pour la suite de la procédure, son influence considérable sur le jugement pénal⁴¹⁹⁷, et, en même temps, de refuser d'appliquer le principe du contradictoire au stade de l'enquête⁴¹⁹⁸. S'il y a besoin de contradiction, d'une défense effective avec un avocat érigé en véritable défenseur, n'est-ce pas dans la phase policière, en particulier lors de la garde à vue, où le sort du suspect risque d'être scellé définitivement⁴¹⁹⁹ ?

839. Après l'affirmation de la constitutionnalité de l'article 63-4-1 du C.P.P. par le Haut conseil, la Cour de cassation a retenu sa conventionnalité⁴²⁰⁰. Dans un arrêt rendu le 19 septembre 2012⁴²⁰¹, la chambre criminelle prononce la cassation d'un arrêt de la cour d'appel d'Agen en date du 24 octobre 2011⁴²⁰². Elle énonce que les juges du fond ont méconnu ce texte, lequel « n'est pas incompatible avec l'article 6 §3 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'absence de communication de

⁴¹⁹⁴ C.C., Q.P.C., 18 nov. 2011, préc., cons. 29.

⁴¹⁹⁵ E. VERGES, *Garde à vue (...)*, *op. cit.*, p. 3005 et 3006, ajoutant que cette validation « marque un arrêt net de la politique progressiste menée par le Conseil à propos de la garde à vue » et qu'« il n'est pas certain que les juges européens adoptent « cette mansuétude ». Cette décision a généré, à juste titre, une déception, notamment s'agissant de sa motivation : V. J. DANET, obs. sur C.C., Q.P.C., 18 nov. 2011, *Rev. sc. crim.*, 2012, p. 185, spéc. p. 186 ; B. DE LAMY, obs. sur C.C., Q.P.C., 18 nov. 2011, *Rev. sc. crim.*, 2012, p. 217, spéc. p. 219, évoquant une motivation « qui frappe par sa sècheresse au point que la décision, sur cette partie, s'apparente à une circulaire ministérielle ».

⁴¹⁹⁶ H. MATSOPOULOU, note sous C.C., Q.P.C., 18 nov. 2011, D., 2011, p. 3034, spéc. p. 3037.

⁴¹⁹⁷ V. C.C., Q.P.C., 30 juill. 2010, n°2010-14/22, préc., cons. 16 : « (...) même dans des procédures portant sur des faits complexes ou particulièrement graves, **une personne est désormais le plus souvent jugée sur la base des seuls éléments de preuve rassemblés avant l'expiration de sa garde à vue, en particulier sur les aveux qu'elle a pu faire pendant celle-ci ; que la garde à vue est ainsi souvent devenue la phase principale de constitution du dossier de la procédure en vue du jugement de la personne mise en cause** » ; C.C., Q.P.C., 18 nov. 2011, préc., cons. 28, faisant référence à sa décision du 30 juillet 2010 et énonçant que « les évolutions de la procédure pénale (...) ont renforcé l'importance de la phase d'enquête policière dans la constitution des éléments sur le fondement desquels une personne mise en cause est jugée (...) ».

⁴¹⁹⁸ H. MATSOPOULOU, note préc., p. 3037 et 3038 ; B. DE LAMY, obs. préc., p. 220.

⁴¹⁹⁹ V. aussi, F. DESPREZ, note sous Cass. crim., 19 sept. 2012, D., 2012, p. 2640, spéc. p. 2643. Comp., J. LEROY, La décision du Conseil constitutionnel sur la nouvelle garde à vue : une décision dérangement, *op. cit.*, n°17, se demandant si l'on peut réellement concevoir de donner accès à l'avocat du gardé à vue à l'entier dossier de l'enquête. « Il est à craindre que l'avocat ait accès à des pièces dont il pourrait faire état auprès de personnes impliquées dans l'affaire ». Cet accès restreint au dossier de l'enquête se trouve donc justifié par « les impératifs liés à la répression ».

⁴²⁰⁰ La question prioritaire de constitutionnalité ne se substitue pas au contrôle de conventionnalité selon M. Vincent LAMANDA : V. E. VERNY, *Le droit à l'assistance d'un avocat lors de la garde à vue*, in *La diversité du droit*, Mélanges J. SAINTE-ROSE, Bruylant, 2012, C. PUIGELIER (dir.), préf. F. TERRE, p. 1347 et s., spéc. p. 1356 et 1357.

⁴²⁰¹ Cass. crim., 19 sept. 2012, Bull. crim., n°194 ; D., 2012, p. 2640, note F. DESPREZ ; J.C.P., 2012, act., 1038 et J.C.P., 2012, 1242, note F. FOURMENT ; Dr. pénal, 2012, comm. n°151, note A. MARON et M. HAAS ; Procédures, 2012, comm. n°331, note A.-S. CHAVENT-LECLERE.

⁴²⁰² CA Agen, 24 oct. 2011, *Rev. sc. crim.*, 2012, p. 185, spéc. p. 186 et 187, obs. J. DANET. Cette juridiction a estimé que l'effectivité du droit à l'assistance d'un avocat nécessite que celui-ci accède à l'entier dossier de la procédure.

l'ensemble des pièces du dossier, à ce stade de la procédure, n'étant pas de nature à priver la personne d'un droit effectif et concret à un procès équitable, dès lors que l'accès à ces pièces est garanti devant les juridictions d'instruction et de jugement »⁴²⁰³. Peu propice à l'organisation d'une « assistance effective » par un avocat⁴²⁰⁴, cette solution, confirmée par la suite⁴²⁰⁵, repose sur une appréciation *in globo* de l'équité de la procédure. L'accès au dossier complet, garanti devant les juridictions d'instruction et de jugement vient pallier l'absence de communication de certaines pièces qu'il contient durant la garde à vue ; de sorte qu'il n'est pas porté d'atteinte irréversible aux droits de la défense, la personne poursuivie bénéficiant de la possibilité de corriger le désavantage initial subi⁴²⁰⁶. Bien qu'il puisse s'appuyer sur la jurisprudence européenne⁴²⁰⁷, ce raisonnement encourt la critique. Compte tenu de la place aujourd'hui essentielle de la garde à vue au sein du procès pénal, apparaît-il raisonnable de priver une personne d'une défense efficace à un moment capital, sous prétexte qu'elle jouira d'une telle défense à un stade suivant de la procédure⁴²⁰⁸ ? Apprécier l'équité de la procédure *in globo* semble peu adapté à cette hypothèse. Le désavantage procédural originaire risque de ne pas recevoir une compensation suffisante ultérieurement⁴²⁰⁹.

840. Il est vrai que la Cour de Strasbourg n'a jamais exigé, de manière expresse, que l'avocat de la personne gardée à vue ait accès à l'entier dossier. Même dans l'affaire *Dayanan* du 13 octobre 2009, où elle a cerné le contenu de cette assistance au cours de l'acte coercitif, elle n'a pas clairement imposé une mise à sa disposition du dossier complet en décrivant « toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil »⁴²¹⁰. De cet arrêt, il était possible de déduire que l'avocat devait accéder à l'entier dossier afin de pouvoir intervenir de façon effective en garde à vue. Mais les arrêts postérieurs se sont éloignés de cette solution en restant muets à cet égard⁴²¹¹, si bien que celle-ci ne paraît plus s'imposer à présent⁴²¹².

⁴²⁰³ Cette décision vient confirmer Cass. crim., 11 juill. 2012, Bull. crim., n°167.

⁴²⁰⁴ En ce sens également : A.-S. CHAVENT-LECLERE, note sous Cass. crim., 19 sept. 2012, Procédures, 2012, comm. n°331. Il a été très justement observé que « la Cour de cassation ne caractérise pas le droit à l'assistance d'un avocat en garde à vue du droit à une assistance "effective". C'est le droit au procès équitable qui est qualifié "d'effectif et concret". La nuance n'est pas anodine » : F. FOURMENT, note sous Cass. crim., 19 sept. 2012, J.C.P., 2012, 1242.

⁴²⁰⁵ V. Cass. crim., 18 déc. 2012, Bull. crim., n°281 ; Procédures, 2013, comm. n°79, note (critique) A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Cass. crim., 26 juin 2013, Bull. crim., n°164 ; Cass. crim., 6 nov. 2013, Bull. crim., n°217.

⁴²⁰⁶ V. F. FOURMENT, note préc. sous Cass. crim., 19 sept. 2012. Cette approche contestable de la Cour de cassation est partagée par le juge constitutionnel, puisque dans sa décision du 18 nov. 2011, il souligne « les délais dans lesquels la garde à vue est encadrée » (cons. 29). Aussi la brièveté de la garde à vue (un ou deux jours en droit commun) justifierait une limitation temporaire des droits de la défense, ceux-ci n'étant pas exclus, mais simplement repoussés dans le temps pour permettre de mener les investigations. V. J. PRADEL, Du droit de l'avocat d'accéder au dossier établi au cours d'une garde à vue, J.C.P., 2012, Etude, 1223, spéc. n°8.

⁴²⁰⁷ La Cour de Strasbourg procède en effet à une appréciation globale de l'équité de la procédure : elle n'impose pas que les parties à un procès pénal aient exactement les mêmes droits, au même moment... Ce qu'elle refuse, c'est qu'une partie soit désavantagée par rapport à son adversaire à l'aune de l'ensemble de la procédure.

⁴²⁰⁸ Pour une réponse positive à cette interrogation : J. PRADEL, *op. cit.*, n°28 et 29.

⁴²⁰⁹ V. aussi, A.-S. CHAVENT-LECLERE, note préc. sous Cass. crim., 19 sept. 2012.

⁴²¹⁰ CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan / Turquie*, n°7377/03, préc., §32.

⁴²¹¹ Par ex., CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz / Pologne*, n°54729/00, préc., §84 et s. ; CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco / France*, n°1466/07, préc., §45 ; CEDH (déc.), 28 août 2012, *Simons / Belgique*, n°71407/10, §30 à 33 ; D., 2012, p. 2644, note F. FOURMENT ; J.C.P., 2012, act., 1082, obs. F. SUDRE. Pour un arrêt antérieur à l'affaire *Dayanan* ayant jugé que « l'assistance effective » ne recouvre pas nécessairement le droit de connaître l'intégralité du dossier : CEDH, 9 mars 2006,

841. De plus, la directive n°2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales s'est avérée ambiguë sur ce point⁴²¹³. Consacré au droit d'accès aux pièces du dossier, son article 7 §1 énonce que « lorsqu'une personne est arrêtée et détenue à n'importe quel stade de la procédure pénale, les Etats membres veillent à ce que les documents relatifs à l'affaire en question détenus par les autorités compétentes qui sont essentiels pour contester de manière effective conformément au droit national la légalité de l'arrestation ou de la détention soient mis à la disposition de la personne arrêtée ou de son avocat ». Seulement, le texte prévoit ensuite que l'accès au minimum à toutes les preuves matérielles à charge ou à décharge des suspects ou des personnes poursuivies détenues par les autorités « est accordé en temps utile pour permettre l'exercice effectif des droits de la défense et, au plus tard, lorsqu'une juridiction est appelée à se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation »⁴²¹⁴. Et le paragraphe 4 d'énumérer des exceptions à l'accès à ces pièces⁴²¹⁵.

842. Les dispositions précitées peuvent recevoir deux interprétations : soit l'accès au dossier peut être retardé en toute hypothèse au moment où la juridiction statue sur le fond ; soit cet accès doit se faire « en temps utile », dès qu'un acte d'enquête implique une personne suspectée ou poursuivie. Si aucun de ces actes n'a été mis en œuvre durant l'enquête, l'accès au dossier est alors ouvert « au plus tard » lorsque la juridiction du fond est saisie⁴²¹⁶. Il s'est avérée difficile de faire prévaloir une interprétation sur l'autre, d'autant qu'elles sont susceptibles de conduire à des solutions très différentes en droit interne. La seconde aurait été préférable en vue de garantir les droits de la défense au cours de la garde à vue, ce qui aurait nécessité une nouvelle réforme de cet acte coercitif⁴²¹⁷. Transposée par la

Svipsta / Lettonie, n°66820/01, préc., §137 (durant la détention provisoire). Passé le stade de la garde à vue, la jurisprudence européenne semble désormais se montrer plus exigeante, l'avocat devant avoir accès aux pièces essentielles du dossier : V. CEDH, 26 sept. 2013, *Emilian-George Igna / Roumanie*, n°21249/05, §33.

⁴²¹² A cet égard, F. FOURMENT, note préc. sous Cass. crim., 19 sept. 2012, indiquant que « le droit d'accès de l'avocat de la personne gardée à vue à l'entier dossier de procédure était là au bout de paragraphe » (§32 de l'arrêt *Dayanan*). Il ajoute que ce droit « s'éloigne de la jurisprudence de Strasbourg, sauf à ce qu'il ne puisse être porté de réponse européenne générale, impersonnelle et absolue à ce problème juridique ».

⁴²¹³ J.O.U.E. L 142 du 1^{er} juin 2012, p. 1 ; R.P.D.P., 2012, p. 384, obs. C. RIBEYRE ; E. VERGES, *Emergence européenne d'un régime juridique du suspect, une nouvelle rationalité juridique*, Rev. sc. crim., 2012, chron., p. 635 et s. ; J. LEBLOIS-HAPPE, La directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, in *Questions de droit pénal international, européen et comparé*, Mélanges A. FOURNIER, Presses universitaires de Nancy, 2013, p. 245 et s. Elle devait être transposée en droit interne le 2 juin 2014 au plus tard.

⁴²¹⁴ Art. 7 §3 de la directive, combiné avec son §2.

⁴²¹⁵ Les législations internes conservent la possibilité de limiter l'accès de l'avocat aux pièces essentielles du dossier et même de lui refuser la communication de certaines pièces dans des circonstances spécifiques : menace grave pour la vie ou les droits fondamentaux d'un tiers, nécessité de préserver un intérêt public important, comme le risque de compromettre l'enquête en cours, etc. On pressent déjà que ce dernier motif vide d'une bonne partie de sa substance le droit d'accès au dossier, car il risque d'être invoqué très souvent en pratique. Le refus d'accès aux pièces du dossier doit être pris par une autorité judiciaire ou soumis au contrôle d'une juridiction. Dans tous les cas, les Etats doivent aménager une voie de recours pour contester le refus d'accès aux pièces, mais celle-ci n'a pas à être spécifique, ladite contestation pouvant être jointe à la procédure au fond (E. VERGES, *op. cit.*, p. 643).

⁴²¹⁶ Sur ces deux interprétations : E. VERGES, *op. cit.*, p. 642 et 643.

⁴²¹⁷ La doctrine est apparue très divisée sur la question de savoir si cette directive imposait ou non l'accès de l'avocat à l'entier dossier de son client gardé à vue. Pensant que cette directive l'exigeait : B. THELLIER DE PONCHEVILLE, La saga de la garde à vue : épisode Union européenne, R.P.D.P., 2012, p. 445 et s., spéc. p. 453 ; E. VERGES, *op. cit.*, p. 643 et 647, s'appuyant sur la proposition de directive n°2011/0154 (COD) du Parlement et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation. *Contra*, F. FOURMENT, note

loi n°2014-535 du 27 mai 2014, cette directive du 22 mai 2012 n'a pas créé un bouleversement juridique majeur sur l'accès au dossier en garde à vue. Sans doute la loi offre-t-elle un droit d'accès au gardé à vue lui-même. Cela constitue une évolution appréciable, la personne non assistée par un avocat pouvant désormais bénéficier d'un minimum d'informations. Mais la loi du 27 mai 2014 n'a pas modifié l'étendue du droit d'accès au dossier. Ce sont toujours les trois documents énumérés à l'article 63-4-1 du C.P.P. que peut consulter l'avocat ou le gardé à vue. Il s'agit d'une transposition « *a minima* » de la directive de ce point de vue⁴²¹⁸. Il est possible de nourrir des regrets : l'occasion était donnée au législateur d'ouvrir l'accès au dossier complet. En réalité, celui-ci a souhaité attendre le rapport de la mission BEAUME, présenté le 10 juillet 2014. Or, ce rapport a considéré le droit positif conforme au droit européen et a exclu le principe de l'accès à l'entier dossier en garde à vue⁴²¹⁹. L'évolution sur ce point ne semble pouvoir venir que de la jurisprudence européenne⁴²²⁰. A moyen terme, dans quelques années tout au plus, l'accès au dossier complet de la procédure durant la garde à vue paraît inéluctable eu égard au renforcement constant des droits de la défense au cours de l'enquête de police⁴²²¹.

843. Hormis l'impossibilité pour l'avocat de consulter l'intégralité du dossier de son client, la loi du 14 avril 2011 réformant la garde à vue déçoit sur d'autres plans. Renforçant, d'un côté, les droits de la défense, elle les fragilise aussitôt en admettant de nombreuses restrictions⁴²²². Aux termes de l'article 63-4-2, alinéa 3, du C.P.P., lorsque les nécessités de l'enquête exigent une audition immédiate

préc. sous Cass. crim., 19 sept. 2012, signalant que la proposition de directive ne prévoit pas le droit d'accès au dossier de procédure ; J. LEROY, Procédure pénale, *op. cit.*, n°499. Enfin, il a été fait remarquer que l'accès au procès-verbal de notification de garde à vue semble permettre « ce contrôle de légalité de la mesure, mais pas nécessairement celui de l'arrestation, de sorte qu'il faudra sans doute étendre le droit de consulter le dossier pénal aux procès-verbaux d'interpellation par exemple » : C. RIBEYRE, obs. sur la directive du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, R.P.D.P., 2012, p. 384, spéc. p. 388.

⁴²¹⁸ S. PELLE, Garde à vue : la réforme de la réforme, *op. cit.*, n°19 et s., p. 1512 et s. ; E. VERGES, Le statut juridique du suspect : un premier défi (...), *op. cit.*, n°14.

⁴²¹⁹ Rapport sur la procédure pénale, préc., p. 53 et s., not. p. 57. Ce rapport rejette aussi la systématisation d'un « dossier secret ». Il préconise donc un « droit d'accès limité aux pièces du dossier », ce dernier étant entendu dans l'état et dans le lieu où il est entre les mains de l'enquêteur au moment de l'audition. Les « trois pièces » du droit positif sont consultables dès l'entretien préalable avec le client, les autres pièces, celles « nécessaires à l'exercice des droits de la défense », doivent être communiquées au fur et à mesure de l'audition (p. 57 et s., not. p. 61).

⁴²²⁰ Cependant, « il est peu probable que la Cour européenne des droits de l'homme en vienne un jour à consacrer le droit à une communication totale du dossier de police et par voie de conséquence invalide le droit français » : J. PRADEL, *op. cit.*, n°33. Rapp., F. FOURMENT, note sous CEDH (déc.), 28 août 2012, *Simons / Belgique*, D., 2012, p. 2644, spéc. p. 2647, pour qui les modalités d'assistance d'un avocat à la française sont *a priori* satisfaisantes au regard des exigences européennes.

⁴²²¹ Dans le même sens : E. VERGES, *op. cit.*, n°16 ; A. BOTTON, Droit à l'information dans le cadre des procédures pénales : un projet de loi contrasté, D., 2014, p. 431 et s., not. p. 432. Certains auteurs ne le souhaitent pas : E. DUPIC, Chronique de l'accès intégral au dossier pénal, Gaz. pal., 16-17 mai 2014, n°136 à 137, p. 11 et s., pour qui « l'accès intégral au dossier menace le succès des enquêtes policières » et « aboutirait à une rupture de l'égalité des armes » ; J. PRADEL, L'enquête pénale aujourd'hui. Vers une stabilisation dans l'équilibre ?, D., 2014, chron., p. 1647 et s., spéc. n°12 et 13, p. 1652 : « L'accès complet du dossier vaut pour l'instruction, mais pas pour l'enquête, qui est d'une nature différente ».

⁴²²² Certaines ont été déjà évoquées, comme la possibilité pour l'O.P.J. ou l'A.P.J. qui dirige l'audition (ou la confrontation) d'y mettre un terme à tout moment « en cas de difficulté », ce qui peut entraîner l'exclusion de l'avocat gênant par le bâtonnier informé par le parquet, ou la faculté pour l'enquêteur de s'opposer aux questions de l'avocat à l'issue de l'audition (ou de la confrontation) si ces questions sont de nature à nuire au bon déroulement de l'enquête. La première restriction aux droits de la défense apparaît particulièrement inquiétante : l'enquêteur peut, « pour une raison dont le sérieux relève de son appréciation souveraine », évincer le défenseur du gardé à vue. La loi a confié une prérogative exorbitante aux enquêteurs (H. MATSOPOULOU, Une réforme inachevée (...), *op. cit.*, 2°).

de la personne, le procureur de la République peut autoriser, par décision écrite et motivée, sur demande de l'O.P.J., que l'audition débute sans attendre l'arrivée du conseil à l'expiration du délai de deux heures⁴²²³. L'alinéa suivant de cet article prévoit qu'à titre exceptionnel, l'avocat peut être exclu des auditions et confrontations de la personne gardée à vue pendant douze ou vingt-quatre heures. Le report de sa présence suppose une demande de l'O.P.J. et une autorisation écrite et motivée du parquet pour la différer de douze heures. Mais c'est le juge des libertés et de la détention, saisi à cette fin par le membre du ministère public, qui est compétent pour autoriser à différer l'intervention de l'avocat au-delà de la douzième heure et jusqu'à la vingt-quatrième⁴²²⁴.

844. Ce report doit apparaître indispensable pour des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête⁴²²⁵, soit pour permettre le bon déroulement d'investigations urgentes tendant au recueil ou à la conservation des preuves, soit pour préserver une atteinte imminente aux personnes⁴²²⁶. Il dépend aussi de la gravité de l'infraction. Celui-ci n'est possible au-delà de douze heures que si le suspect se trouve gardé à vue pour un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à cinq ans. En cas de report de sa présence aux auditions et confrontations, l'avocat peut encore être privé, « pour une durée identique », du droit de consulter les procès-verbaux d'audition de son client⁴²²⁷. Du point de vue de la sauvegarde des droits de la défense, le caractère assez flou des conditions posées à l'exclusion temporaire de l'avocat demeure inquiétant⁴²²⁸. A cela, il convient d'ajouter un doute sérieux sur la conventionnalité de la disposition qui autorise le parquet à différer la présence de l'avocat à la douzième heure de garde à vue. Le droit à un procès équitable est-il respecté lorsqu'une partie au procès pénal, la partie poursuivante, en principe incompétente du reste pour contrôler la garde à vue d'après les jurisprudences *Medvedyev* et *Moulin* précitées, peut décider du report de l'intervention du défenseur ? Il semble peu probable que les juges européens répondent de façon positive⁴²²⁹. Pourquoi ne pas avoir retenu, en toute hypothèse, la compétence du juge des libertés et de la détention, magistrat indépendant et impartial, c'est-à-dire même pour le report de douze heures ? Cette règle aurait été davantage respectueuse des exigences conventionnelles.

⁴²²³ On sait que la notion de « nécessités de l'enquête » n'est pas d'une précision absolue, ce qui laisse une marge de manœuvre assez étendue aux autorités publiques.

⁴²²⁴ Art. 63-4-2, al. 5 du C.P.P.

⁴²²⁵ Ce qui impose une appréciation *in concreto*. V. C. AMBROISE-CASTEROT, *op. cit.*, p. 9, évoquant la circulaire du 15 avril 2011 qui exige cette interprétation. Il serait beaucoup trop aisé, au moyen d'une appréciation *in abstracto*, de recopier une clause stéréotypée pour « justifier » le report de la présence de l'avocat en garde à vue.

⁴²²⁶ Art. 63-4-2, al. 4 du C.P.P.

⁴²²⁷ Art. 63-4-2, al. 6 du C.P.P. Sur l'extrême difficulté à interpréter cette formulation légale, V. M.-L. RASSAT, *op. cit.*, spéc. 3°.

⁴²²⁸ Cela permettrait de l'évincer des premières auditions ou confrontations de manière relativement aisée, mais le report ne concerne pas l'entretien initial de trente minutes. Sur le flou des critères posés par les textes : D. MARAIS, *op. cit.*, n°3 (« raisons impérieuses » ?) ; M.-L. RASSAT, *op. cit.*, pour qui « aucune de ces formules n'a de sens précis et toutes devront en recevoir un de la jurisprudence pour être déterminées » ; C. AMBROISE-CASTEROT, *op. cit.*, p. 10, ajoutant que la circulaire du 15 avril 2011 insiste toutefois sur le caractère exceptionnel de ce report, qui « ne devra intervenir, en pratique, que dans les hypothèses tout à fait rarissimes ».

⁴²²⁹ En ce sens également : E. GINDRE, *op. cit.*, p. 308.

845. De prime abord, les droits de la défense ont progressé de façon remarquable dans le cadre des gardes à vue particulières. La loi du 14 avril 2011 modifie le système par rapport à la législation antérieure. Celle-ci retardait automatiquement le moment auquel l'avocat pouvait intervenir en raison de la nature de l'infraction reprochée⁴²³⁰. En matière de délinquance et criminalité organisées, sa présence *ab initio* devient désormais le principe. Ceci se confirme avec les lois précitées du 27 mai 2014 et du 10 juillet 2014 pour certains délits⁴²³¹. Toutefois, des aménagements sont prévus. En vertu de l'article 706-88, alinéa 6, du C.P.P., lorsque la personne est gardée à vue pour une infraction entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 du C.P.P., l'intervention du conseil peut être repoussée à l'issue de la quarante-huitième heure, voire à la soixante-douzième heure s'il s'agit de faits de trafic de stupéfiants ou d'actes de terrorisme. « Des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction » doivent, à titre impératif, justifier ce report. Il apparaît indispensable, de surcroît, que celui-ci réponde à l'un des motifs énoncés au texte : « permettre le recueil ou la conservation des preuves » ou bien « prévenir une atteinte aux personnes ». Le procureur de la République demeure compétent pour décider de repousser, d'office ou à la demande de l'O.P.J., l'intervention de l'avocat jusqu'à la fin de la vingt-quatrième heure et au-delà, le juge des libertés des libertés et de la détention statuant à la requête du magistrat du parquet⁴²³². En revanche, le report est autorisé par le juge d'instruction lorsque la garde à vue se déroule en exécution d'une commission rogatoire⁴²³³. Dans ces procédures dérogatoires, le report visé concerne l'entretien initial de trente minutes entre le suspect et son avocat comme la présence de ce dernier aux auditions et confrontations, de même que son accès aux procès-verbaux déjà établis. A la différence du droit commun, toute communication avec un avocat se trouve dès lors exclue⁴²³⁴. Compte tenu du caractère très contestable de cette situation⁴²³⁵, il sera intéressant de voir si le Conseil constitutionnel exerce sa censure sur les alinéas 7 à 9 de l'article 706-88 du C.P.P., la chambre criminelle venant de lui transmettre une

⁴²³⁰ Dans les arrêts précités du 19 octobre 2010, ce système a été jugé contraire aux exigences conventionnelles.

⁴²³¹ Notamment le délit d'escroquerie commise en bande organisée, les délits de blanchiment ou de recel du produit, du revenu, des choses provenant des infractions mentionnées aux 1° à 3° de l'article 706-73 du C.P.P., plus généralement les infractions visées au 14°, 15° et 16° de l'article 706-73, enfin les délits énumérés au 20° de l'article 706-73 du C.P.P., c'est-à-dire les délits de dissimulation d'activités ou de salariés, de recours aux services d'une personne exerçant un travail dissimulé, de marchandage de main-d'œuvre, de prêt illicite de main-d'œuvre ou d'emploi d'étrangers sans titre de travail.

⁴²³² Art. 706-88, al. 7 du C.P.P.

⁴²³³ L'article 706-88, al. 7 du C.P.P. précise *in fine* que « dans tous les cas, la décision du magistrat, écrite et motivée, précise la durée pour laquelle l'intervention de l'avocat est différée ».

⁴²³⁴ Il s'agit là d'une différence notable avec la procédure de droit commun. Dans le cadre de celle-ci, lorsqu'il est décidé de repousser la présence de l'avocat lors des auditions et confrontations, l'entretien de trente minutes entre le suspect et son défenseur est maintenu au début de la garde à vue. L'article 706-88, al. 8 du C.P.P. prévoit, pour sa part, que s'il est fait application du report, l'avocat dispose, à partir du moment où il est autorisé à intervenir en garde à vue, des droits prévus aux articles 63-4 et 63-4-1, 63-4-2, al. 1 et 63-4-3 du C.P.P. Or, l'article 63-4 régit justement l'entretien de trente minutes, lequel ne peut donc pas avoir lieu tant que l'avocat n'est pas autorisé à intervenir. Sur la question, C. AMBROISE-CASTEROT, *op. cit.*, p. 11. Si un mineur est soupçonné d'une infraction relevant de la criminalité organisée, le droit commun des majeurs s'applique à lui. Le report de l'avocat est donc limité à douze ou vingt-quatre heures et l'entretien de trente minutes n'est jamais écarté (art. 4-VII de l'ordonnance du 2 février 1945, dans sa rédaction issue de la loi du 14 avril 2011).

⁴²³⁵ V. également, V. MALABAT, *Droit à la sûreté et droit pénal*, *op. cit.*, p. 53 et 54, pour qui la procédure pénale française privilégie ainsi « la sûreté-sécurité au détriment de la sûreté-liberté ».

question prioritaire de constitutionnalité fondée sur ces dispositions, susceptibles de porter une atteinte disproportionnée aux droits de la défense⁴²³⁶.

846. La loi du 14 avril 2011 n'a pas réformé les règles applicables au terrorisme, issues de la loi du 23 janvier 2006. Elle a changé la numérotation des textes en scindant l'article 706-88 du C.P.P. en deux articles, 706-88 et 706-88-1. Elle a tout de même ajouté un article 706-88-2 au sein du Code de procédure pénale⁴²³⁷. Ce dernier texte instituait une restriction importante au libre choix de son avocat par la personne gardée à vue pour infraction terroriste. En fonction du cadre de la procédure, le juge des libertés et de la détention ou le juge d'instruction pouvait décider que celle-ci serait assistée par un avocat désigné par le bâtonnier sur une liste d'avocats habilités, établie par le Conseil national des barreaux⁴²³⁸. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité⁴²³⁹, le Conseil constitutionnel a prononcé la censure de ces dispositions dans une décision du 17 février 2012⁴²⁴⁰.

847. Il a considéré que « si la liberté, pour la personne soupçonnée, de choisir son avocat peut, à titre exceptionnel, être différée pendant la durée de sa garde à vue afin de ne pas compromettre la recherche des auteurs de crimes et délits en matière de terrorisme ou de garantir la sécurité des personnes, il incombe au législateur de définir les conditions et les modalités selon lesquelles une telle atteinte aux conditions d'exercice des droits de la défense peut être mise en œuvre »⁴²⁴¹. Or, les dispositions de l'article 706-88-2 du C.P.P. ne prévoyaient pas de motivation de la décision du juge. En outre, elles ne définissaient pas les circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction et les raisons permettant d'imposer cette restriction aux droits de la défense⁴²⁴². Eu égard à ces différentes lacunes, le pouvoir du juge de priver le gardé à vue du libre choix de son avocat n'était pas suffisamment encadré. Le Conseil constitutionnel se devait alors de censurer ce texte au nom du

⁴²³⁶ V. Cass. crim., 3 sept. 2014, Inédit, n°14-82019.

⁴²³⁷ Pour une critique de ce dispositif, notamment en cas de risque imminent d'infraction terroriste : V. M.-L. RASSAT, *op. cit.*, qualifiant d'« incompréhensible » la situation de l'avocat. Davantage de clarté dans les textes concernant la situation du conseil en matière de terrorisme serait en effet bienvenue (Rappr., art. 706-88, al. 6, du C.P.P. faisant référence à l'article 706-73, 11° et art. 706-88-1, al. 2 du C.P.P.).

⁴²³⁸ Cette disposition, empruntée au système espagnol, a été introduite en droit français afin d'éviter les pressions possibles sur les avocats, mais aussi les collusions éventuelles (V. A.-S. CHAVENT-LECLERE, note sous C.C., Q.P.C., 17 fév. 2012, *Ordre des avocats au barreau de Bastia*, Procédures, 2012, comm. n°126). D'aucuns estiment que la précaution prise par ce texte n'est pas suffisante, car, « à ce stade de la procédure, une défense systématique par un avocat commis par le bâtonnier serait de loin préférable » (M.-L. RASSAT, *op. cit.*).

⁴²³⁹ Le Conseil constitutionnel a été saisi par le Conseil d'Etat de cette question prioritaire de constitutionnalité, posée par l'ordre des avocats au barreau de Bastia à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir contre le décret n°2011-1520 du 14 novembre 2011, relatif à la désignation des avocats pour intervenir au cours de la garde à vue en matière de terrorisme, J.O. du 16 nov. 2011, p. 19224.

⁴²⁴⁰ C.C., Q.P.C., 17 fév. 2012, n°2011-223, *Ordre des avocats au barreau de Bastia*, J.O. du 18 fév. 2012, p. 2846 ; Dr. pénal, 2012, comm. n°62, note A. MARON et M. HAAS ; Procédures, 2012, comm. n°126, note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; R.P.D.P., 2012, p. 384, obs. C. RIBEYRE.

⁴²⁴¹ Cons. 7 de la décision.

⁴²⁴² *Ibid.*

respect des droits de la défense⁴²⁴³. L'abrogation de l'article 706-88-2 du C.P.P. a pris effet le jour de la publication de cette décision, soit le lendemain, le 18 février 2012.

848. Malgré cette abrogation bienvenue, les gardes à vue accomplies dans le cadre des procédures dérogatoires continuent à soulever des questions et à susciter certaines inquiétudes. Sans aller jusqu'à affirmer que « tous les régimes dérogatoires devraient être purement et simplement abrogés »⁴²⁴⁴, il convient d'exiger du magistrat chargé de se prononcer sur le report de l'intervention de l'avocat, un contrôle complet et sérieux de ces fameuses « raisons impérieuses » et une justification du report adossée à l'une des deux conditions légales : permettre la réunion ou la conservation des preuves ou bien prévenir une atteinte aux personnes⁴²⁴⁵. Repousser la présence du conseil constitue non plus le principe, mais une situation exceptionnelle au cours d'une garde à vue particulière⁴²⁴⁶. Dans le cas contraire, la loi est vidée de sa substance⁴²⁴⁷. Il s'avère impératif qu'une telle décision se fonde sur de véritables motifs et non sur des formules abstraites ou stéréotypées. L'absence ou l'insuffisance de motivation détaillée, propre à l'espèce, doit donc entraîner la nullité de l'acte coercitif. Privée du droit de s'entretenir avec un avocat dès le début de la mesure et à son assistance temporaire lors des auditions et confrontations, la personne aura nécessairement subi une atteinte à ses intérêts si elle a formulé des déclarations incriminantes⁴²⁴⁸. La violation des droits de la défense sera alors patente.

849. Différer l'intervention du défenseur au cours d'une garde à vue doit, de plus, demeurer exceptionnel compte tenu de la jurisprudence européenne. Il ne faut pas oublier que pour la Cour de Strasbourg, son intervention immédiate doit avoir lieu, en particulier, en cas d'infraction grave, « car c'est face aux peines les plus lourdes que le droit à un procès équitable doit être assuré au plus haut

⁴²⁴³ Ce texte témoignait d'une méfiance à l'égard de la profession d'avocat, qui n'avait pas lieu d'être (V. aussi, J. ALIX, Les droits de la défense (...), *op. cit.*, n°31, p. 1706). En effet, l'article 63-4-4 du C.P.P. dispose que « sans préjudice de l'exercice des droits de la défense, l'avocat ne peut faire état auprès de quiconque pendant la durée de la garde à vue ni des entretiens avec la personne qu'il assiste, ni des informations qu'il a recueillies en consultant les procès-verbaux et en assistant aux auditions et aux confrontations ». A propos de cette obligation de l'avocat au secret, « il est indispensable que l'avocat ne puisse révéler qu'une personne est en garde à vue car une telle divulgation, connue d'un complice, pourrait l'inciter à fuir ou à détruire des preuves, voire à menacer des témoins. L'avocat devra donc résister à l'appel d'un conjoint éploré qui le supplie de lui donner des informations » : J. PRADEL, Un regard perplexe (...), *op. cit.*, n°28.

⁴²⁴⁴ H. MATSOPOULOU, Une réforme inachevée (...), *op. cit.*, spéc. 2° *in fine*.

⁴²⁴⁵ Il s'agit d'une exigence européenne : CEDH (Gr. ch.), 27 nov. 2008, *Salduz / Turquie*, n°36391/02, préc., §55.

⁴²⁴⁶ La possibilité de différer l'intervention de l'avocat justifie davantage l'intérêt de recourir dans ce cas aux enregistrements audiovisuels. V. S. SONTAG-KOENIG, Intervention de l'avocat et droits de la défense en garde à vue : quel avenir pour les enregistrements audiovisuels ?, A.J. pénal, 2012, dossier, p. 527 et s., spéc. p. 530 et 531.

⁴²⁴⁷ Dès l'adoption de la réforme, certains ont fait part de leur pessimisme à ce sujet : V. D. MARAIS, *op. cit.*, n°3, pour qui « cette exception à la présence du conseil (...) deviendra la règle (...) au nom de son "efficacité" ».

⁴²⁴⁸ V. aussi, CEDH (Gr. ch.), 27 nov. 2008, *Salduz / Turquie*, préc., §55, *in fine* : « Il est en principe porté une atteinte irréversible aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation ». Bien entendu, la situation est différente si le gardé à vue a conservé le silence durant tout le temps où il n'a pas pu bénéficier du droit à un avocat. Si le gardé à vue est un mineur, l'accès à un avocat se révèle encore plus impérieuse, compte tenu de leur vulnérabilité : V. CEDH, 14 nov. 2013, *Blokhin / Russie*, n°47152/06, §158 à 160 et §164 à 170 (renvoi devant la Grande chambre).

degré possible par les sociétés démocratiques »⁴²⁴⁹. La conventionnalité de ce nouveau dispositif apparaît donc incertaine. Quant aux gardes à vue de droit commun, plusieurs dispositions peuvent se révéler contraires aux exigences du procès équitable. Il demeure surprenant, en définitive, que dans sa décision du 18 novembre 2011, le Haut conseil ait validé autant de règles susceptibles d'entamer les droits de la défense et n'ait formulé qu'une seule réserve d'interprétation à propos de l'audition libre⁴²⁵⁰.

850. L'importance de la réforme de la garde à vue ferait presque oublier l'abandon du régime archaïque de la retenue douanière. Acte coercitif très proche de la garde à vue pour les délits douaniers, mais au régime distinct⁴²⁵¹, la retenue douanière a constitué « un modèle allégé au regard des droits de la défense »⁴²⁵² ; notamment, les agents des douanes n'avaient pas l'obligation de notifier à la personne arrêtée son droit au silence et l'entretien avec un avocat – *a fortiori* son assistance – n'était pas prévu par la loi⁴²⁵³. Pareille situation devenait intenable. Lors de l'examen d'une question prioritaire de constitutionnalité le 22 septembre 2010, le juge constitutionnel a mis fin, en toute logique, à cette anomalie en censurant l'article 323 §3 du Code des douanes⁴²⁵⁴. Subissant le même sort que la garde à vue, la retenue douanière se doit d'obéir aux droits de la défense. Mais à l'instar de ce qu'il a décidé pour celle-là, il reporte la date de l'abrogation au 1^{er} juillet 2011 pour permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité⁴²⁵⁵.

⁴²⁴⁹ CEDH (Gr. ch.), 27 nov. 2008, *Salduz / Turquie*, §54, *in fine*. Il a alors été proposé d'abroger les régimes dérogatoires en soulignant l'incompatibilité du dispositif français au regard des exigences européennes, le législateur continuant à se servir du critère tiré de la gravité de l'infraction pour repousser l'intervention de l'avocat : V. H. MATSOPOULOU, *op. cit.*

⁴²⁵⁰ C.C., Q.P.C., 18 nov. 2011, n°2011-191/194/195/196/197, préc. Il a écarté les griefs d'inconstitutionnalité critiquant notamment la limitation à trente minutes de l'entretien de la personne gardée à vue avec l'avocat, la faculté donnée au procureur de la République ou au juge des libertés et de la détention de reporter la présence de l'avocat lors des auditions ou confrontations, l'absence de droit pour l'avocat de consulter les pièces de la procédure avant l'audition ou la confrontation et d'en obtenir la copie, la faculté accordée aux enquêteurs de commencer l'audition du gardé à vue avant l'arrivée de l'avocat dans les locaux de la police ou de la gendarmerie, le pouvoir reconnu à l'O.P.J. de s'opposer aux questions posées par l'avocat au cours de l'audition et de décider de mettre fin à une audition ou une confrontation, en cas de difficulté, pour demander au parquet de saisir le bâtonnier aux fins de désignation d'un autre avocat, la restriction de l'assistance de l'avocat pour les seuls actes d'audition et de confrontation, ainsi que l'exclusion de cette assistance au cours des autres actes d'investigation, comme les perquisitions. Sur ce point, B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La saga (...)*, *op. cit.*, p. 452 ; H. MATSOPOULOU, note préc. sous C.C., Q.P.C., 18 nov. 2011, D., 2011, spéc. p. 3038 ; B. DE LAMY, obs. préc. sur C.C., Q.P.C., 18 nov. 2011, Rev. sc. crim., 2012, spéc. p. 220 et 221.

⁴²⁵¹ V. Cass. crim., 1^{er} mars 1994, Bull. crim., n°80 ; Cass. crim., 7 mars 1994, Bull. crim., n°89 ; Cass. crim., 1^{er} avril 1998, Bull. crim., n°124. Sur ce point, S. DETRAZ, *La retenue douanière (...)*, *op. cit.*, n°14 et s.

⁴²⁵² S. RIDEAU-VALENTINI, *Les droits de la défense (...)*, *op. cit.*, p. 208 ; V. C.-J. BERR, *La retenue douanière (...)*, *op. cit.*, p. 2301 : « Ce qui est plus difficile à expliquer, c'est que l'opinion publique ne se soit pas offusquée plus tôt du maintien, dans le domaine douanier, d'une procédure que n'auraient pas désavouée les juristes de l'Ancien Régime ».

⁴²⁵³ V. S. DETRAZ, obs. sur Cass. crim., 10 avril 2013, Rev. sc. crim., 2013, p. 585, spéc. p. 586. Dans le silence de l'article 323 §3 du Code des douanes, le suspect n'était pas autorisé à s'entretenir avec un avocat durant les quarante-huit heures maximales de privation de liberté. Pareille situation était vivement et, à juste titre, critiquée : V. S. DETRAZ, *op. cit.*, n°29, 32 et 34.

⁴²⁵⁴ C.C., Q.P.C., 22 sept. 2010, n°2010-32, préc., cons. 7.

⁴²⁵⁵ Cons. 9 de la décision. Les critiques émises à propos du report de l'inconstitutionnalité de la garde à vue peuvent être transposées *mutatis mutandis* à la retenue douanière.

851. C'est la loi du 14 avril 2011 qui, ajoutant dix articles au Code des douanes⁴²⁵⁶, a déterminé le régime de la retenue douanière en l'alignant sur celui de la garde à vue, sauf en ce qui concerne la décision d'y procéder⁴²⁵⁷. Placée sous le contrôle du parquet⁴²⁵⁸, limitée à une durée de vingt-quatre heures renouvelable, cette mesure fait désormais l'objet d'un encadrement strict. Ses dispositions renvoient à celles applicables à la garde à vue. L'article 323-5 du Code des douanes prévoit l'assistance de l'avocat dans les conditions et sous les réserves définies aux articles 63-2 à 63-4-4 du C.P.P. L'article 323-6 de ce Code, relatif au droit à l'information dont bénéficie l'individu retenu contre son gré, a été réformé par la loi du 27 mai 2014. Celui-ci est immédiatement informée de ses droits dans les conditions de l'article 63-1 du C.P.P. et reçoit le document décrit à l'article 803-6 du C.P.P. De plus, la notification du droit de se taire et de ne pas s'accuser apparaissait circonscrite jusque-là. Elle n'était « reconnue qu'aux personnes placées en garde à vue ou faisant l'objet d'une mesure de rétention douanière »⁴²⁵⁹. Cela permettait de soustraire les agents des douanes à cette obligation lorsqu'ils procédaient à « l'audition libre » de la personne (comme en droit commun), c'est-à-dire en l'absence de coercition⁴²⁶⁰. Dès l'instant où le suspect se trouvait retenu contre sa volonté, son audition devait être accomplie dans le cadre d'une retenue douanière avec notification immédiate de son droit au silence et de bénéficier de l'assistance d'un avocat⁴²⁶¹. *A priori* clair, ce principe s'avérait délicat à mettre en œuvre en pratique. Des situations ambiguës subsistaient, notamment en cas d'usage de la contrainte psychologique vis-à-vis de l'intéressé⁴²⁶². L'article 67 F du Code des douanes, créé par la loi n°2014-535 du 27 mai 2014, règle cette difficulté. Désormais, la personne suspectée d'avoir commis ou tenté de commettre une infraction, qui n'est pas placée en retenue douanière, ne peut être entendue sur ces faits qu'après la notification des informations prévues à

⁴²⁵⁶ Art. 19 de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011, introduisant les articles 323-1 à 323-10 dans le Code des douanes. L'article 25 de cette loi ajoute les articles 193-1 à 193-10 dans le Code des douanes de Mayotte.

⁴²⁵⁷ Selon l'article 323-1 du C. douanes, « les agents des douanes ne peuvent procéder à l'arrestation et au placement en retenue douanière d'une personne qu'en cas de flagrant délit douanier puni d'une peine d'emprisonnement et lorsque cette mesure est justifiée par les **nécessités de l'enquête** douanière ». Il s'agit de l'ancien critère de la garde à vue, puisque depuis la réforme du 14 avril 2011, celle-ci doit constituer l'unique moyen de parvenir à l'un des objectifs énumérés à l'article 62-2 du C.P.P. La motivation de la retenue douanière est donc moins importante que celle de la garde à vue. Sur ce point : A.-S. CHAVENT-LECLERE, La garde à vue est morte (...), *op. cit.*, n°33, faisant remarquer, à raison, qu'il y a peut-être une « source d'inégalité », susceptible de donner lieu à une question prioritaire de constitutionnalité.

⁴²⁵⁸ Art. 323-3 et 323-4 du C. douanes. V. Cass. crim., 4 avril 2012, Inédit, n°12-90010 ; Rev. sc. crim., 2012, p. 593, obs. S. DETRAZ, jugeant constitutionnel le contrôle de la retenue douanière par le procureur de la République et refusant de renvoyer les questions prioritaires de constitutionnalité au Haut conseil.

⁴²⁵⁹ Cass. crim., 3 avril 2013, Bull. crim., n°72 ; Gaz. pal., 21-23 juill. 2013, n°202 à 204, p. 40, obs. F. FOURMENT ; R.P.D.P., 2013, p. 359, obs. C. RIBEYRE.

⁴²⁶⁰ La Cour de cassation a décidé que la personne n'a pas non plus à bénéficier de l'assistance d'un avocat lors de son audition si elle n'est pas maintenue à la disposition des enquêteurs sous la contrainte : Cass. crim., 27 nov. 2013, Inédit, n°12-87515. Cette position a suscité des critiques. Sur ce débat, X. SALVAT, obs. sur C.C., Q.P.C., 18 juin 2012, n°2012-257, Cass. crim., 3 avril 2013 et Cass. crim., 27 nov. 2013, Rev. sc. crim., 2013, chron., p. 842, spéc. p. 845. Comme l'a noté F. FOURMENT (obs. sur Cass. crim., 3 avril 2013, préc., spéc. p. 42), « la Cour européenne devra donc élucider ce nouveau mystère : le droit à être informé du droit de se taire est-il attaché à la condition juridique d' "accusé" devant les services de police, abstraction faite de toute audition sous contrainte ? ».

⁴²⁶¹ Cass. crim., 10 avril 2013, Bull. crim., n°84 ; Rev. sc. crim., 2013, p. 585, obs. S. DETRAZ.

⁴²⁶² V. en ce sens, S. DETRAZ, obs. préc. sur Cass. crim., 10 avril 2013, Rev. sc. crim., 2013, spéc. p. 587, soulignant qu'il faut déterminer « si oui ou non une contrainte est exercée sur la personne entendue. Or, dans certaines hypothèses, la situation est ambiguë, notamment lorsqu'il n'est recouru à aucune coercition physique mais que, en raison de l'autorité ou l'insistance des agents, l'individu les suit au bureau : s'y sent-il obligé ou reste-t-il maître de sa décision ? »

l'article 61-1 du C.P.P. Son droit de garder le silence lui est donc notifié. Et s'il apparaît au cours de l'audition d'une personne des raisons plausibles de soupçonner sa participation à une infraction, lesdites informations lui sont communiquées sans délai.

852. Il reste une dernière illustration de la soumission grandissante de l'acte coercitif aux droits de la défense. Il s'agit de l'interception de la communication téléphonique entre un avocat et son client. La question se pose de l'étendue de la protection accordée à une telle correspondance en droit positif. Ces conversations téléphoniques sont protégées, de façon générale, par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont la Cour européenne considère qu'il offre une protection renforcée aux échanges entre les avocats et leurs clients⁴²⁶³. Elles sont régies, de manière plus spécifique, par le principe de confidentialité inscrit à l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971⁴²⁶⁴. De plus, l'article 100-5, alinéa 3, du C.P.P. énonce qu'à peine de nullité, les correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense ne peuvent être transcrites ; et le deuxième alinéa de l'article 100-7 du même Code d'ajouter « qu'aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile sans que le bâtonnier en soit informé par le juge d'instruction ».

853. Interprétant ces différentes dispositions, la jurisprudence veille au respect de la confidentialité des conversations échangées entre avocat et client afin d'assurer l'effectivité des droits de la défense. Ainsi s'explique la prohibition de l'interception de telles communications⁴²⁶⁵. Il ne peut être dérogé à ce principe de confidentialité que s'il existe contre l'avocat des indices de participation à une infraction. En effet, les écoutes téléphoniques sont permises uniquement lorsqu'elles sont de nature à caractériser ou à faire présumer la participation du conseil à un acte délictueux⁴²⁶⁶. Les droits de la défense bénéficient *a priori* d'une protection effective. Toutefois, un arrêt du 1^{er} octobre 2003 est venu

⁴²⁶³ V. CEDH, 6 déc. 2012, *Michaud / France*, n°12323/11, §118 ; J.C.P., 2013, 64, spéc. n°3 et 16, obs. F. SUDRE ; Rev. sc. crim., 2013, p. 160, obs. J.-P. MARGUENAUD : « Il en résulte que si l'article 8 protège la confidentialité de toute "correspondance" entre individus, il accorde une protection renforcée aux échanges entre les avocats et leurs clients. Cela se justifie par le fait que les avocats se voient confier une mission fondamentale dans une société démocratique : la défense des justiciables. Or un avocat ne peut mener à bien cette mission fondamentale s'il n'est pas à même de garantir à ceux dont il assure la défense que leurs échanges demeureront confidentiels. C'est la relation de confiance entre eux, indispensable à l'accomplissement de cette mission, qui est en jeu. En dépend en outre, indirectement mais nécessairement, le respect du droit du justiciable à un procès équitable, notamment en ce qu'il comprend le droit de tout "accusé" de ne pas contribuer à sa propre incrimination ». Selon J.-P. MARGUENAUD, obs. sur CEDH, 6 déc. 2012, *Michaud / France*, Rev. sc. crim., 2013, p. 160, spéc. p. 163, « ces fortes justifications permettent (...) à la Cour de Strasbourg de réaliser un véritable tour de passe-passe, un authentique exploit méthodologique : transformer le secret professionnel qui se décline avant tout en obligations pour l'avocat et en droits pour les justiciables en un véritable droit pour l'avocat que l'article 8 lui garantit aussi ».

⁴²⁶⁴ Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, J.O. du 5 janv. 1972, p. 131.

⁴²⁶⁵ L'interdiction s'applique même si le client n'a pas désigné les avocats avec lesquels il échange et même s'il n'est pas encore mis en examen : V. Cass. crim., 21 mai 2003, Dr. pénal, 2003, comm. n°116 (2^{ème} arrêt), note A. MARON.

⁴²⁶⁶ Cass. crim., 15 janv. 1997, Bull. crim., n°14 ; Cass. crim., 8 nov. 2000, Bull. crim., n°335 ; Cass. crim., 14 nov. 2001, Bull. crim., n°238 ; J.C.P., 2002, II, 10069, note P. CONTE, l'arrêt précisant que les droits de la défense ne sont ici pas en cause. V. E. DE LA LANCE, Le juge pénal (...), *op. cit.*, p. 155.

jeter le doute sur la réalité de cette protection⁴²⁶⁷. La chambre criminelle a jugé, en l'espèce, que n'était pas en cause « l'exercice des droits de la défense » et que le contenu des conversations échangées entre le mis en examen et son avocat « est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à des faits constitutifs d'une infraction, fussent-ils étrangers à la saisine du juge d'instruction ».

854. Ce qui apparaît critiquable dans cette solution, c'est que ces conversations aient pu être interceptées sans avoir recueilli de véritables indices préalablement à la décision de procéder à l'écoute téléphonique, les faits découverts constituant des faits nouveaux⁴²⁶⁸. Même si la communication n'est pas transcrite en totalité, l'ensemble de celle-ci a été entendue et demeure susceptible « d'être exploitée, officiellement ou "officieusement" contre le client et, le cas échéant en cas de transcription, contre l'avocat lui-même »⁴²⁶⁹. C'est dire qu'une telle décision présente des dangers eu égard aux dérives auxquelles elle peut donner lieu⁴²⁷⁰. Inquiétante, elle a semblé entamer l'activité même de défense, à propos de laquelle on s'est demandé si elle ne risquait pas « de devenir, d'exceptions en exceptions, et pour reprendre l'expression de Jean Danet à propos du cabinet d'avocat, "un réservoir à preuves dans lequel on viendrait pêcher au filet dériveur sans savoir ni ce que l'on cherche, ni pourquoi" »⁴²⁷¹.

855. Cette solution s'est avérée d'autant plus préoccupante pour la préservation des droits de la défense, qu'à cette période, la Cour de cassation tient une position éminemment contestable en ce qui concerne l'écoute des conversations téléphoniques entre l'avocat et les proches du mis en examen. Selon elle, « la règle de la libre communication entre la personne mise en examen et son avocat interdit l'interception des correspondances ou communications téléphoniques échangées entre eux, à l'exclusion de tous autres »⁴²⁷². Cette interprétation restrictive des textes a été confirmée⁴²⁷³, de sorte

⁴²⁶⁷ Cass. crim., 1^{er} oct. 2003, Bull. crim., n°177 ; D., 2004, somm. comm., p. 671, obs. J. PRADEL ; Rev. sc. crim., 2004, p. 99, obs. C. AMBROISE-CASTEROT ; D. MIEN, J.-F. LUCIANI, Nouvelle entaille dans les droits de la défense : la liberté de communication entre l'avocat et son client remise en cause, A.J. pénal, 2003, p. 64.

⁴²⁶⁸ *Contra*, J. PRADEL, note sous Cass. crim., 1^{er} oct. 2003, D., 2004, somm. comm., p. 671, not. p. 672, pour qui « exclure en ce cas le recours aux écoutes téléphoniques reviendrait à les exclure toujours car il existe toujours un risque, fut-il faible, de faire apparaître d'autres infractions ».

⁴²⁶⁹ J.-F. LUCIANI, Le secret professionnel de l'avocat pénaliste, *in* La défense pénale, R.P.D.P., 2010, n° spécial, p. 39 et s., spéc. p. 44. Rapp., C. CHARRIERE-BOURNAZEL, Les contraintes appliquées à un avocat : perquisitions et interceptions des communications téléphoniques, *in* La défense pénale, R.P.D.P., 2010, n° spécial, p. 53 et s., spéc. p. 57.

⁴²⁷⁰ Elles sont dénoncées avec force : V. not., F. SAINT-PIERRE, La nature juridique des droits (...), *op. cit.*, p. 265 : « Au téléphone, cependant, il en va différemment, puisque la Cour de cassation n'interdit que la transcription de celles-ci (les conversations entre avocat et client) sur procès-verbaux, solution qui, de fait, permet aux services de police de les écouter et d'en prendre connaissance, sans traces, mais en toute légalité. A elle seule, cette faille ne brise-t-elle pas le principe de la confidentialité de la défense ? ».

⁴²⁷¹ D. MIEN, J.-F. LUCIANI, *op. cit.*, p. 64.

⁴²⁷² Cass. crim., 10 mai 1994, Bull. crim., n°180 (interception d'une conversation téléphonique entre une ancienne maîtresse du mis en examen et l'avocat de celui-ci).

⁴²⁷³ Cass. crim., 8 oct. 1997, Procédures, 1998, comm. n°46, note J. BUISSON (interception de la conversation échangée entre l'amie de la mère d'un mineur mis en examen, ayant occasionnellement assisté celle-ci devant le juge d'instruction en qualité d'interprète et l'un des avocats du mis en examen) ; Cass. crim., 30 sept. 1998, Bull. crim., n°243.

que les droits de la défense peuvent en pâtir⁴²⁷⁴. Il a fallu attendre l'abandon de la solution en 2006 pour que les conversations échangées entre un avocat et un proche de son client revêtent enfin un caractère confidentiel⁴²⁷⁵. Confirmée par la suite⁴²⁷⁶, sa nouvelle position se révèle en parfaite harmonie avec le principe de libre défense, qui assure le principe de confidentialité des correspondances écrites (lettres, documents...) d'un client avec son conseil⁴²⁷⁷.

856. Si une protection satisfaisante, parce qu'effective, semble de la sorte assurée aux droits de la défense, le placement sur écoute de maître HERZOG, avocat au barreau de Paris et avocat de Nicolas SARKOZY, ancien président de la République, suscite malgré tout des doutes sur cette effectivité. Le C.N.B. et l'ordre des avocats de Paris ont qualifié pareille interception téléphonique judiciaire de détournement de procédure et ont rappelé que le secret professionnel constitue une garantie fondamentale des libertés individuelles⁴²⁷⁸. Ils ont même demandé une audience au président de la République, laquelle leur a été accordée. La profession d'avocat a enfin proposé une réforme des interceptions des conversations téléphoniques des avocats. Plusieurs modifications de leur régime juridique sont proposées, comme prévoir que la décision motivée du juge d'instruction de recourir aux écoutes ne soit prise que s'il existe au préalable des indices graves et concordants laissant présumer que l'avocat participe ou a participé à la commission d'un crime ou d'un délit et qu'il s'agit de l'unique moyen d'en établir la preuve ; interdire dans tous les cas la transcription des conversations d'un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense et couvertes par le secret professionnel ; limiter la transcription des conversations interceptées à celles faisant présumer la participation de

⁴²⁷⁴ Il a été très justement écrit qu'avec cette solution, « la protection jurisprudentielle des droits de la défense était cependant incomplète, et pour le moins incohérente (...) » : C. GIRAULT, obs. sur Cass. crim., 18 janv. 2006, A.J. pénal, 2006, jurispr., p. 126, spéc. p. 127 ; V. aussi, D. LUCIANI-MIEN, L'effectivité des droits (...), *op. cit.*, n°171, p. 150, faisant observer que « cette prohibition (l'absence de couverture par le secret professionnel des communications téléphoniques entretenues entre l'avocat et la famille de la personne défendue) rend l'exercice de défense parfois très compliqué, et particulièrement au cas où la personne est incarcérée, privant ainsi la défense d'une relation directe avec un interlocuteur privilégié ».

⁴²⁷⁵ Cass. crim., 18 janv. 2006, Bull. crim., n°22 ; J.C.P., 2006, II, 10085, note R. MARTIN ; A.J. pénal, 2006, jurispr., p. 126, obs. C. GIRAULT ; Procédures, 2006, comm. n°85, note J. BUISSON ; R.P.D.P., 2006, p. 616, obs. E. VERNY, à propos de l'interception et de la transcription d'une communication téléphonique entre le père des mis en examen et son avocat qui était également le leur.

⁴²⁷⁶ Cass. crim., 17 sept. 2008, Bull. crim., n°191 ; A.J. pénal, 2008, jurispr., p. 467, obs. S. LAVRIC ; Rev. sc. crim., 2009, p. 897, obs. J. BUISSON ; Procédures, 2009, comm. n°24, note J. BUISSON ; D. GUERIN, Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2009, chron. préc., spéc. n°22. La solution retenue rassure également par rapport à celle adoptée dans l'arrêt du 1^{er} octobre 2003, source d'inquiétudes.

⁴²⁷⁷ Cass. crim., 12 mars 1992, Bull. crim., n°112 ; Cass. crim., 13 déc. 2006, Bull. crim., n°313 ; A.J. pénal, 2007, jurispr., p. 140, obs. C. GIRAULT ; Cass. crim., 24 avril 2013, Bull. crim., n°102 ; D., 2014, p. 323, obs. P. LABROUSSE (cadre de l'article L. 450-4 du Code de commerce, la chambre criminelle alignant sa solution sur celle applicable en enquête préliminaire et affirmant que la seule sanction adéquate à la violation des droits de la défense est la nullité de la saisie des correspondances et non la restitution des documents). V. néanmoins, Cass. crim., 16 oct. 2012, Bull. crim., n°216 ; R.P.D.P., 2013, p. 377, obs. (critiques) P. CONTE, pour des papiers pliés transmis par un avocat à deux de ses clients, documents saisis et lus par l'un des O.P.J. faisant partie de l'escorte. Le procédé est validé au motif que les billets « circulant à découvert, (...) ne répondaient pas à la notion de correspondance protégée au sens de l'article 432-9 du Code pénal ». Cette solution encourt la critique, le secret professionnel de l'avocat s'avère méconnu dans ce cas.

⁴²⁷⁸ C.N.B. et ordre des avocats de Paris, communiqué du 11 mars 2014 ; J.C.P., 2014, 372. Et le communiqué de la veille du ministère de la Justice, rappelant le régime juridique applicable aux interceptions téléphoniques judiciaires concernant les avocats, n'a pas été de nature à dissiper toutes les inquiétudes (J.C.P., 2014, 371).

l'avocat à une infraction ; prévoir que le bâtonnier, toujours informé de la décision d'intercepter les communications d'un avocat, soit présent lors des audiences relatives à son renouvellement, etc⁴²⁷⁹.

857. En fin de compte, l'attraction de l'acte coercitif aux droits fondamentaux, notamment aux droits de la défense, apparaît aujourd'hui assez forte et irrévocable⁴²⁸⁰. Le respect de ces droits, ainsi que de la présomption d'innocence⁴²⁸¹, forme une garantie primordiale qui met l'individu à l'abri « d'une coercition abusive de la part des autorités », selon l'expression de la Cour de Strasbourg⁴²⁸². Dans ce contexte, il n'est plus possible d'imaginer l'acte coercitif doté d'un régime archaïque, peu soucieux des intérêts des personnes soupçonnées ou poursuivies. Son régime juridique semble être, au contraire, un gage de protection des libertés individuelles, même si des progrès sont concevables. Dès l'exécution de cet acte, naissent des droits qui viennent compenser le grief occasionné. Bien sûr, il ne s'agit pas toujours de droits de la défense proprement dits⁴²⁸³. Mais plus l'acte s'avère coercitif, plus les garanties se révèlent conséquentes pour l'« accusé » avant jugement : celles-ci « dues à “toute personne” lui profitent, se doublent de celles offertes en particulier à l'homme en procès, s'accroissent de celles bénéficiant au défendeur au procès pénal, pour atteindre leur niveau maximal de protection et de technicité dans la protection lorsque ce même défendeur se voit privé de liberté avant d'être jugé »⁴²⁸⁴. L'examen d'une dernière exigence spéciale applicable à l'acte coercitif s'impose à présent, celle d'impartialité.

§3 – Application du principe d'impartialité à l'acte coercitif

858. Consacrée par des textes éminents, tels l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou l'article 14 §1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁴²⁸⁵, l'impartialité des juges s'analyse comme une garantie fondamentale du droit à un procès équitable.

⁴²⁷⁹ Barreau de Paris, communiqué du 20 mars 2014 ; J.C.P., 2014, p. 512, « dernière minute » ; E. DAOUD, B. BOUCHE, *Interceptions judiciaires : « mais qui gardera les gardiens ? »*, A.J. pénal, 2014, dossier, p. 333 et s., spéc. p. 337 et 338.

⁴²⁸⁰ V. encore : Cass. crim., 8 janv. 2013, Bull. crim., n°7, prononçant la cassation au visa de l'article 6 §3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme en raison de l'absence de l'avocat d'une personne lors de l'audience de la chambre de l'instruction ayant émis un avis favorable à son extradition.

⁴²⁸¹ Avec ses corollaires, le droit de garder le silence et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

⁴²⁸² V. entre autres, CEDH (Gr. ch.), 11 juill. 2006, *Jalloh / Allemagne*, préc., §100.

⁴²⁸³ Il suffit de constater que de nombreuses rétentions judiciaires s'accompagnent d'une partie ou de la totalité des droits prévus en matière de garde à vue, lesquels constituent une contrepartie au grief occasionné. Tel est, par exemple, le cas des mandats d'amener et d'arrêt décernés par le juge d'instruction, les juridictions de jugement ou d'application des peines (art. 135-2, 712-17 du C.P.P.), de l'arrestation d'une personne ayant une peine d'emprisonnement ferme à effectuer (art. 716-5 du C.P.P.) ou de l'appréhension d'un individu suite à une demande d'extradition (art. 696-10 du C.P.P.). Sur ce constat, H. VLAMYNCK, *Approche policière pratique du projet de loi relatif à la garde à vue*, in *Quelle réforme pour la garde à vue ?*, A.J. pénal, 2010, dossier, p. 474 et s., spéc. p. 479. Il en va de même du mandat d'arrêt européen (art. 695-27 du C.P.P.). A ce sujet, G. TAUPIAC-NOUVEL, *La garantie des droits fondamentaux dans la mise en œuvre des instruments de coopération judiciaire pénale européenne*, Dr. pénal, 2010, Etude n°22, spéc. n°5.

⁴²⁸⁴ R. KOERING-JOULIN, *La chambre criminelle et les droits (...)*, *op. cit.*, p. 224 et 225.

⁴²⁸⁵ V. encore, art. 37 et 40 de la Convention relative aux droits de l'enfant adoptée le 20 novembre 1989.

« Condition *sine qua non* du système juridique entier »⁴²⁸⁶, « devoir d'état et d'Etat »⁴²⁸⁷, cette exigence générale qui s'applique tant en matière civile que pénale⁴²⁸⁸, ne se confond pas avec l'indépendance du juge, préalable indispensable à son impartialité⁴²⁸⁹. Il est connu que le juge européen fait le départ entre impartialité subjective et objective, en particulier depuis l'arrêt *Piersack* rendu en 1982⁴²⁹⁰. La doctrine préfère, à juste titre, distinguer entre « l'impartialité personnelle » (plutôt que subjective) et « l'impartialité fonctionnelle » (au lieu d'objective)⁴²⁹¹. Cette distinction essentielle doit être reprise afin de comprendre les rapports exacts qu'entretient l'acte coercitif avec le principe d'impartialité. Ceux-ci varient en fonction de la conception envisagée, subjective ou objective. Il est logique qu'un tel acte ne soit jamais empreint de partialité lorsqu'il est accompli. Par ailleurs, son exécution peut engendrer un effet important. L'acte coercitif entache parfois l'impartialité de son auteur pour la suite de la procédure. C'est donc dans le dessein de protéger les libertés individuelles que l'impartialité personnelle demeure requise pour l'acte coercitif (A), tandis que l'impartialité fonctionnelle se trouve compromise par celui-ci (B).

A – L'impartialité personnelle requise pour l'acte coercitif

859. Selon l'approche de la Cour de Strasbourg, « si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut (...) s'apprécier de diverses manières (...), une démarche subjective essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance (...) »⁴²⁹². Or « pareille impartialité se présume jusqu'à preuve du contraire »⁴²⁹³. Voilà la conception de l'impartialité personnelle, constamment retenue par la Cour européenne des droits de l'homme⁴²⁹⁴.

⁴²⁸⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, L'impartialité du juge, D., 1999, chron., p. 53 et s., spéc. n°1, p. 53.

⁴²⁸⁷ D.-N. COMMARET, Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat, D., 1998, chron., p. 262 et s., spéc. p. 262.

⁴²⁸⁸ V. not., Cass. Ass. plén., 6 nov. 1998 (deux arrêts), D., 1999, jurisp., p. 1, concl. J.-F. BURGELIN ; J. VAN COMPERNOLLE, Impartialité du juge et cumul de fonctions au fond et au provisoire : réflexions sur des arrêts récents, Mélanges P. LAMBERT, Bruylant, 2000, p. 935 et s. *Adde*, le B.I.C.C. du 1^{er} avril 2008, n°679, p. 6 et s.

⁴²⁸⁹ Les liens entre indépendance et impartialité sont très forts. Dans les textes, ces deux termes distincts sont toujours accolés (le « tribunal indépendant et impartial ») et cela apparaît logique. En effet, comment peut-on prétendre qu'un tribunal est impartial s'il n'est pas indépendant ? En revanche, un juge indépendant n'est pas forcément impartial. Sur le lien entre ces notions, S. GUINCHARD, Indépendance et impartialité du juge. Les principes de droit fondamental, *in* L'impartialité du juge et de l'arbitre. Etude de droit comparé, Bruylant, 2006, J. VAN COMPERNOLLE, G. TARZIA (dir.), p. 3 et s., spéc. n°1, p. 3 et 4 et n°16, p. 24 (l'indépendance du tribunal est « un statut », son impartialité « une vertu ») ; R. KOERING-JOULIN, La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6 par. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, Rev. sc. crim., 1990, p. 765 et s., not. p. 771 ; Y. STRICKLER, Le droit à un procès équitable, *in* Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 20^{ème} éd., 2014, R. CABRILLAC (dir.), p. 597 et s., spéc. n°749 et 750, p. 603 et 604.

⁴²⁹⁰ CEDH, 1^{er} oct. 1982, *Piersack / Belgique*, n°8692/79, §30.

⁴²⁹¹ R. KOERING-JOULIN, Le juge impartial, Justices, 1998, n°10, p. 1 et s., spéc. p. 2, justifiant ainsi le choix de cette terminologie : « (...) l'idée même d'un "préjugé" ou d'un "parti pris" habitant l'esprit d'un juge évoque (...) une approche psychologique, subjective de l'attitude de ce dernier ; ensuite et surtout parce que l'impartialité qualifiée de subjective ne se décèle, en droit européen comme en droit national, qu'à travers des détecteurs le plus souvent objectifs ».

⁴²⁹² CEDH, 1^{er} oct. 1982, *Piersack / Belgique*, préc., §30.

⁴²⁹³ *Ibid.* La Cour de cassation consacre également cette présomption d'impartialité : Cass. com., 16 oct. 2001, D., 2002, somm., p. 80, obs. F. DERRIDA.

⁴²⁹⁴ Cette conception a toujours été reprise par la suite : V. par ex., CEDH, 26 oct. 1984, *De Cubber / Belgique*, n°9186/80, §24 et 25 ; CEDH (Gr. ch.), 22 oct. 2007, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July / France*, n°21279/02 et 36448/02, §75 et 76.

Elle a vocation à combattre le parti pris et le préjugé, non le pré-jugement⁴²⁹⁵. Les affaires *Remli*⁴²⁹⁶ et *Gregory*⁴²⁹⁷ attestent suffisamment des dangers d'une justice partielle, gangrenée par les préjugés racistes en l'occurrence. La difficulté à les déceler et à les prouver est acquise⁴²⁹⁸. Le droit européen, comme le droit français, instituent donc des mécanismes pour corriger ou sanctionner l'éventuelle partialité du juge⁴²⁹⁹.

860. Il faut se garder de croire que l'impartialité personnelle concerne les seules juridictions de jugement, appelées à se prononcer sur la culpabilité de la personne poursuivie. L'exigence domine en réalité l'ensemble de la procédure pénale. Aussi s'applique-t-elle aux policiers et gendarmes au cours de l'enquête préliminaire ou sur infraction flagrante. Ils doivent respecter le principe de la présomption d'innocence, ce qui implique d'enquêter à charge comme à décharge⁴³⁰⁰. Les investigations doivent être accomplies en toute impartialité. A défaut, la procédure peut être annulée si le vice a eu pour effet d'attenter à son caractère équitable et contradictoire ou s'il a compromis l'équilibre des droits des parties⁴³⁰¹. Il est dès lors interdit aux enquêteurs d'effectuer un acte coercitif de manière partielle. Cette partialité s'avère susceptible de se manifester de deux façons distinctes.

861. Ceux-ci ne peuvent, en premier lieu, détourner l'acte coercitif de sa finalité. Il ne leur est pas permis de recourir à la garde à vue si celle-ci ne s'avère pas strictement nécessaire. Doit être combattu tout recours à cet acte (probatoire) uniquement aux fins de sanctionner un individu ayant commis des outrages à l'encontre des policiers⁴³⁰². La garde à vue décidée à titre de punition reste inacceptable, car elle réalise un détournement des pouvoirs conférés aux O.P.J. par le législateur. En second lieu, les enquêteurs ne peuvent jamais soumettre une personne à des mesures coercitives en raison de ses traits

⁴²⁹⁵ Pour des développements sur la question, F. KUTY, L'impartialité du juge en procédure pénale. De la confiance décrétée à la confiance justifiée, Larcier, 2005, préf. P. MARTENS et M. PREUMONT, p. 65 et s., où il note que les trois notions « disqualifient le juge, mais le parti pris et le préjugé dénotent un défaut d'impartialité personnelle tandis que le préjugement renvoie à la notion d'impartialité objective pour se retrouver tant à la base du principe de la séparation des fonctions judiciaires que du principe du cumul d'interventions dans l'exercice de la même fonction ».

⁴²⁹⁶ CEDH, 23 avril 1996, *Remli / France*, n°4/1995/510/593 ; Rev. sc. crim., 1997, p. 473, obs. R. KOERING-JOULIN (l'un des jurés de la cour d'assises déclare qu'il est raciste, alors que l'accusé est un français d'origine algérienne).

⁴²⁹⁷ CEDH, 25 fév. 1997, *Gregory / Royaume-Uni*, n°111/1995/617/707 ; Rev. sc. crim., 1998, p. 392, obs. R. KOERING-JOULIN (propos racistes tenus pendant le délibéré d'un jury, appelé à juger une personne noire).

⁴²⁹⁸ V. B.I.C.C. du 1^{er} avril 2008, n°679, préc., spéc. p. 11, où il est noté que l'impartialité personnelle ou subjective du juge reste « difficile à appréhender car elle repose sur des critères tirés de la personne même du juge, qui relèvent de ses relations familiales, sociales, patrimoniales, de ses convictions idéologiques, politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques, etc » ; F. KUTY, *op. cit.*, p. 73 ; J. NORMAND, Le droit à un tribunal impartial devant les juridictions de l'ordre judiciaire (art. 6-1 Conv. EDH) et la composition des juridictions, R.T.D.civ., 1993, p. 874 et s., spéc. p. 875.

⁴²⁹⁹ Ainsi le juge de Strasbourg s'attache à analyser la façon dont l'Etat défendeur organise la réponse procédurale qui permet de lever le doute sur l'attitude du juge concerné. Si le vice suspecté a pu être corrigé en droit interne, la Cour s'en satisfait, sinon la condamnation s'impose comme dans l'affaire *Remli*. Sur ce point, R. KOERING-JOULIN, *op. cit.*, p. 3. En droit français, la décision de condamnation peut être censurée si le juge a fait preuve de partialité.

⁴³⁰⁰ V. D. ROETS, Impartialité et justice pénale, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, 1997, n°18, préf. J. PRADEL, n°446, p. 264.

⁴³⁰¹ Cass. crim., 14 mai 2008, Bull. crim., n°115 ; A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 328, obs. G. ROUSSEL. Il ressort de l'arrêt que le défaut d'impartialité des enquêteurs est soumis à la preuve d'un grief pour entraîner la nullité.

⁴³⁰² La pratique existe parfois : V. par ex., Cass. crim., 4 janv. 2005, préc. et la note P. CONTE, J.C.P., 2005, II, 10176, préc.

physiques (personne de couleur, etc), de son origine (asiatique, maghrébine, rom...) ⁴³⁰³, de la pression des médias ou de la population. L'exercice de la contrainte étatique suppose de se fonder sur des éléments objectifs, de recueillir des indices. De même, ils ne sauraient interpellier un individu, perquisitionner son domicile et saisir ses documents par simple animosité personnelle ou parce qu'ils sont d'emblée convaincus de sa culpabilité alors que l'enquête n'en est qu'à ses balbutiements ⁴³⁰⁴. Un tel acharnement apparaît bien sûr prohibé. L'emploi de la coercition serait non seulement abusif dans ce cas, mais de surcroît illégal.

862. Le même principe d'impartialité personnelle gouverne l'action du juge d'instruction, dans la mesure où il a l'obligation de conduire son information à charge et à décharge ⁴³⁰⁵. Lui aussi doit respecter la présomption d'innocence des personnes mises en cause ⁴³⁰⁶. Les juridictions d'instruction sont en effet soumises au respect de l'obligation d'impartialité, à l'instar du tribunal décidant du bien-fondé de l'accusation ⁴³⁰⁷. Récemment, la Cour européenne a énoncé, pour la première fois ⁴³⁰⁸, que « même si certaines des garanties procédurales envisagées par l'article 6 §1 de la Convention peuvent ne pas s'appliquer au stade de l'instruction, les exigences du droit à un procès équitable au sens large impliquent nécessairement que le juge d'instruction soit impartial » ⁴³⁰⁹. Elle a ajouté que l'adoption par celui-ci « de certaines mesures provisoires qui affectent les droits fondamentaux de la personne soumise à une instruction pénale requiert que ce juge, comme tout autre juge, soit objectivement et subjectivement impartial » ⁴³¹⁰.

⁴³⁰³ D'où la prohibition des contrôles et vérifications d'identité au faciès.

⁴³⁰⁴ V. à cet égard, D. ROETS, *op. cit.*, n°445, p. 263, précisant avec justesse que « le danger ne réside donc pas dans la conception d'hypothèses de culpabilité mais, d'une part, dans leur émergence prématurée – c'est-à-dire ne reposant pas sur un certain nombre d'éléments objectifs – et, d'autre part, dans le refus d'envisager d'autres hypothèses. La démarche du policier doit être (...) cartésienne : le devoir d'impartialité n'est autre qu'un *devoir de doute* ».

⁴³⁰⁵ Art. 81, al. 1 du C.P.P.

⁴³⁰⁶ Le lien entre la présomption d'innocence et l'impartialité est fort. Le juge européen lie parfois les griefs, estimant que le juge qui méconnaît la présomption d'innocence du prévenu dénote un manque d'impartialité : V. CEDH, 27 janv. 2004, *Kyprianou / Chypre*, n°73797/01, §42 et 52 à 58. Comp., toutefois, avec CEDH (Gr. ch.), 15 déc. 2005, *Kyprianou / Chypre*, n°73797/01, §138, où la Cour refuse de dissocier les griefs. Dans son opinion partiellement dissidente sous l'arrêt de Grande chambre, le juge COSTA a fait remarquer qu'« un tribunal peut ne pas être impartial quand bien même l'accusé serait – au moins formellement – présumé innocent. Les deux griefs ne se confondent pas nécessairement ». Sur ce lien, V. aussi, F. KUTY, *op. cit.*, p. 103 et 104.

⁴³⁰⁷ Cass. crim., 23 mars 2004, Bull. crim., n°76 ; D. ALLIX, *op. cit.*, p. 30 ; D. KARSENTY, Le droit au procès équitable (...), *op. cit.*, p. 118.

⁴³⁰⁸ En dehors de l'hypothèse classique du cumul de fonctions de juge d'instruction et de juge du fond : V. CEDH, 25 juill. 2000, *Tierce et autres / Saint-Marin*, n°24954/94, 24971/94 et 24972/94, §79, 80 et 83 ; J.C.P., 2001, I, 291, n°24, obs. F. SUDRE. Le cumul des fonctions de juge d'instruction et de juge du fond viole l'article 6 §1 lorsque le magistrat a accompli « des investigations très approfondies ».

⁴³⁰⁹ CEDH, 6 janv. 2010, *Vera Fernandez-Huidobro / Espagne*, n°74181/01, §111 ; J.C.P., 2010, act., 130, obs. F. SUDRE ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2011, chron. « un an de... » n°3, spéc. n°16. La Cour justifie cette solution « dans la mesure où les actes accomplis par le juge d'instruction influent directement et inéluctablement sur la conduite et, dès lors, sur l'équité de la procédure ultérieure, y compris le procès proprement dit » (§111). Auparavant, le juge européen ne l'avait pas expressément affirmé, il n'avait pas clairement tranché la question : V. CEDH (déc.), 7 nov. 2006, *Mitterrand / France*, n°39344/04. V. F. KRENC, La notion de « tribunal » au sens (...), *op. cit.*, n°35, p. 327.

⁴³¹⁰ CEDH, 6 janv. 2010, *Vera Fernandez-Huidobro / Espagne*, préc., §113.

863. En d'autres termes, il est indispensable que le magistrat instructeur fasse preuve d'impartialité personnelle lorsqu'il accomplit des investigations et, surtout, procède à des actes coercitifs, tels les perquisitions et saisies, les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, le placement sous contrôle judiciaire... Il doit être indépendant à l'égard des parties pour cela, notamment du ministère public⁴³¹¹. C'est une décision coercitive spécifique qui a suscité, en réalité, les critiques les plus vives du point de vue de son impartialité : le placement en détention provisoire du mis en examen. Même s'il existait des motifs légaux de placement en détention et si le juge était tenu d'organiser un débat contradictoire, ces garanties se sont révélées peu effectives pour lutter contre la partialité⁴³¹². Nul doute qu'en ôtant cette prérogative au juge d'instruction et en la confiant au juge des libertés et de la détention⁴³¹³, la loi du 15 juin 2000 a renforcé l'impartialité devant présider à la prise de cet acte très coercitif pour la personne mise en examen. Il convient, certes, de présumer l'impartialité personnelle du magistrat instructeur. Confier le placement en détention provisoire à un juge extérieur à l'affaire, constitue néanmoins une avancée⁴³¹⁴. De toute façon, « dans des cas où il peut être difficile de fournir des preuves permettant de réfuter la présomption d'impartialité subjective du juge, la condition d'impartialité objective fournit une garantie importante de plus »⁴³¹⁵.

B – L'impartialité fonctionnelle compromise par l'acte coercitif

864. Parce qu'il provoque un grief spécifique, une atteinte aux libertés individuelles, l'acte coercitif entraîne parfois une conséquence notable. Son auteur risque de compromettre son impartialité pour la suite de la procédure. Compte tenu de sa gravité, celui qui l'a décidé ou exécuté, peut s'être forgé à cette occasion un pré-jugement sur la culpabilité de la personne concernée. Des raisons sérieuses (indices graves...) doivent exister, à titre impératif, pour procéder à un acte coercitif à l'égard d'un justiciable. Aussi le magistrat à l'origine d'un tel acte doit-il être écarté de la juridiction de jugement dans certaines hypothèses afin de balayer tout doute sur son éventuelle partialité. Il s'agit de la démarche objective, bien connue en droit européen, qui prend en compte des considérations de

⁴³¹¹ Cette indépendance vis-à-vis du parquet est la condition préalable à son impartialité. Ainsi le juge d'instruction est libre quant à la nature des actes de recherche à effectuer et il procède dans l'ordre qu'il veut aux actes d'information. A ce sujet, D. ROETS, *op. cit.*, n°452 et 453, p. 266 et 267.

⁴³¹² Le recours fréquent au critère vague du trouble à l'ordre public le montrait assez. De plus, « la partialité du juge était inscrite dans la loi ». Le débat contradictoire constituait un « "gadget" procédural », puisque l'article 145, al. 2 du C.P.P. disposait que le débat n'avait lieu que si le juge « envisageait » la mise en détention, « "c'est-à-dire dans des cas où la décision du magistrat était déjà presque prise" » : D. ROETS, *op. cit.*, n°549 et s., p. 322 et s. et spéc. n°557, p. 327.

⁴³¹³ Art. 137-1 du C.P.P.

⁴³¹⁴ Même si la présomption d'innocence peut paraître affaiblie compte tenu qu'il faut désormais deux juges pour placer en détention (le juge d'instruction saisit le juge des libertés et ce dernier décide du placement). La privation de liberté a alors été jugée nécessaire par deux juges du siège. Il a en outre été signalé que « le regard porté par le JLD ne paraît pas aussi perçant que l'œil de ceux qui le saisissent, manquant de temps pour faire une mise au point suffisante sur les dossiers. Il n'est pas besoin d'insister sur le taux de confirmation des demandes de placement en détention qui oscille de 92%, en 2001, à 89,7% en 2004 » : B. DE LAMY, Le juge des libertés et de la détention : un trompe l'œil ?, Dr. pénal, 2007, Etude n°13, spéc. n°6.

⁴³¹⁵ CEDH (Gr. ch.), 15 oct. 2009, *Micallef / Malte*, n°17056/06, §95.

caractère fonctionnel et organique. Elle justifie la séparation des fonctions en procédure pénale, laquelle concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle⁴³¹⁶. Mais l'acte coercitif n'entache pas systématiquement l'impartialité du magistrat qui en est l'auteur, loin s'en faut. L'application imparfaite de cette règle par le juge européen (1°), comme par le juge pénal (2°), s'avère contestable. Elle est de nature à favoriser la suspicion de partialité dans l'esprit du justiciable.

1°- Application imparfaite de cette règle par le juge européen

865. Suivant la conception fonctionnelle de l'impartialité, il convient de rechercher si le juge offre des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime à ce sujet⁴³¹⁷. Elle induit des incompatibilités de fonction entre les différentes phases de la procédure, à savoir la poursuite, l'instruction et le jugement⁴³¹⁸. La question se pose avec acuité lorsque le magistrat est déjà intervenu dans une affaire pour accomplir un acte ou prendre une décision et se retrouve au sein de la juridiction de jugement. Ainsi « doit se récuser tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables »⁴³¹⁹. Même les apparences peuvent revêtir de l'importance, car d'après l'adage anglais, « *Justice must not only be done : it must also be seen to be done* »⁴³²⁰. Si, à l'origine, la Cour européenne a appliqué avec rigueur sa jurisprudence séparatiste, elle l'a ensuite nettement infléchi⁴³²¹. Selon elle, « pour se prononcer sur l'existence, dans une espèce donnée, d'une raison légitime de craindre d'une juridiction un défaut d'impartialité, le point de vue de l'intéressé entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de celui-ci peuvent passer pour objectivement justifiées »⁴³²².

866. Sous peine d'être prisonnière de « la tyrannie de l'apparence », la Cour de Strasbourg a estimé nécessaire d'assouplir ses solutions relatives à l'impartialité fonctionnelle⁴³²³. Pareille évolution se

⁴³¹⁶ V. C.C., 2 fév. 1995, n°95-360 DC, préc., cons. 5, *in fine* ; Art. prélim., I du C.P.P. ; R. KOERING-JOULIN, *op. cit.*, p. 6.

⁴³¹⁷ Elle consiste « à se demander si indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier » : CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt / Danemark*, n°10486/83, §48.

⁴³¹⁸ De telles incompatibilités apparaissent « elles-mêmes comme l'expression particulière du droit plus général à un procès équitable » : R. KOERING-JOULIN, La chambre criminelle et les droits reconnus (...), *op. cit.*, p. 211.

⁴³¹⁹ CEDH, 1^{er} oct. 1982, *Piersack / Belgique*, préc., §30 ; CEDH, 26 oct. 1984, *De Cubber / Belgique*, préc., §26.

⁴³²⁰ Cité par CEDH, 17 janv. 1970, *Delcourt / Belgique*, n°2689/65, §31 (il ne suffit pas que la justice soit rendue, il faut encore qu'elle soit perçue comme telle).

⁴³²¹ Notamment à partir de l'arrêt *Hauschildt*, préc. Sur cette évolution, F. SUDRE, L'office du juge national (...), *op. cit.*, spéc. p. 834 et s. ; J.-F. RENUCCI, L'impartialité du juge pénal, R.P.D.P., 2006, p. 439 et s. ; S. GUINCHARD, *op. cit.*, n°16 et s., p. 24 et s., et spéc. n°21 et s., p. 32 et s., pour une présentation exhaustive.

⁴³²² CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt / Danemark*, préc., §48. Cette assertion a été maintes fois reprise : V. par ex., CEDH (Gr. ch.), 22 oct. 2007, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July / France*, préc., §77.

⁴³²³ Expression de P. MARTENS, note sous CEDH, 22 fév. 1996, *Bulut / Autriche*, n°59/1994/506/588, R.T.D.H., 1996, p. 627, spéc. p. 640. Cet infléchissement a été surtout guidé par des considérations pratiques. Ecarter nécessairement pour la suite de la procédure tout magistrat intervenu dans une affaire, pose de gros problèmes aux Etats en terme d'organisation judiciaire, notamment pour les petites juridictions. Il n'empêche que cette règle assure une certaine impartialité fonctionnelle des magistrats. Sur les inconvénients d'une application trop rigoureuse du principe séparatiste : L. MILANO, Le droit à un

révèle compréhensible dès lors que l'intervention antérieure du magistrat s'est bornée à la réalisation d'investigations sommaires ou à de simples vérifications⁴³²⁴. L'écartier par principe du fait de cette intervention semble dénué de sens⁴³²⁵. En revanche, cet assouplissement jurisprudentiel s'avère critiquable si le juge ayant procédé à un acte coercitif se voit autorisé à siéger au sein de la juridiction de jugement. Dans l'optique d'ôter tout doute de partialité et de sauvegarder les apparences, il semble indispensable de l'évincer, en particulier s'il a statué sur la détention provisoire ou a délivré un mandat d'arrêt⁴³²⁶. Ce n'est pourtant pas la solution retenue par le droit européen depuis l'arrêt *Hauschildt* de 1989⁴³²⁷.

867. Même la détention provisoire, mesure la plus coercitive, ne constitue pas *ipso facto* une violation de l'exigence d'impartialité du magistrat qui l'a ordonnée ou prolongée, puisque tout dépend des circonstances⁴³²⁸. A l'appui d'une telle solution, la Cour européenne dissocie les questions que doit trancher un juge lorsqu'il se prononce sur la détention provisoire de celles qu'il doit examiner lors du jugement au fond⁴³²⁹. Si elle conclut à la violation de l'article 6 §1 dans cette affaire *Hauschildt*⁴³³⁰, c'est parce que le magistrat qui a statué sur la prolongation de l'incarcération doit s'assurer, conformément à la loi danoise de l'époque, de l'existence de « soupçons particulièrement renforcés » que l'intéressé a commis les infractions dont on l'accuse, ce qui suppose qu'il a acquis « la conviction d'une culpabilité "très claire" »⁴³³¹. Et le juge européen de reconnaître la très grande similitude (« l'écart infime ») des questions à trancher entre le maintien de la privation de liberté et le jugement sur le fond, avant d'affirmer que l'impartialité des juridictions compétentes pouvait paraître sujette à caution⁴³³².

tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2006, préf. F. SUDRE, n°546, p. 437.

⁴³²⁴ C'est la conception concrète de l'impartialité objective adoptée par la Cour européenne. Celle-ci autorise le cumul de fonctions successives par un magistrat, sous réserve du caractère plus ou moins approfondi des investigations opérées par ce magistrat avant le jugement, bref sous réserve qu'il ne se soit pas forgé un pré-jugement : V. F. SUDRE, *Le mystère des « apparences »* dans la jurisprudence (...), *op. cit.*, n°21, p. 644.

⁴³²⁵ L'assouplissement de la jurisprudence a été plutôt approuvé : V. not., J. VAN COMPERNOLLE, note sous CEDH, 24 août 1993, *Nortier / Pays-Bas*, R.T.D.H., 1994, p. 429, spéc. p. 437.

⁴³²⁶ Comme dans l'affaire *De Cubber*, dans laquelle un juge d'instruction siégeait au tribunal correctionnel chargé de statuer sur la culpabilité, alors qu'il avait délivré un mandat d'arrêt contre l'intéressé au cours de l'information. V. CEDH, 26 oct. 1984, *De Cubber / Belgique*, préc., §29 (violation de l'article 6 §1 de la Convention).

⁴³²⁷ CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt / Danemark*, n°10486/83, préc.

⁴³²⁸ CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt / Danemark*, préc., §49 *in fine*.

⁴³²⁹ §50 de l'affaire *Hauschildt* : « En se prononçant sur la détention provisoire et sur d'autres problèmes de ce genre avant le procès, il apprécie sommairement les données disponibles pour déterminer si de prime abord les soupçons de la police ont quelque consistance ; lorsqu'il statue à l'issue du procès, il lui faut rechercher si les éléments produits et débattus en justice suffisent pour asseoir une condamnation. On ne saurait assimiler des soupçons à un constat formel de culpabilité ».

⁴³³⁰ §53 de l'arrêt.

⁴³³¹ §52 de l'arrêt.

⁴³³² *Ibid.* Récemment, V. CEDH, 24 juin 2014, *Ionut-Laurentiu Tudor / Roumanie*, n°34013/05, §81 à 87.

868. Malgré les critiques, du moins les réserves suscitées par cet arrêt⁴³³³, la Cour de Strasbourg a repris ce raisonnement *in concreto*, confirmant l'assouplissement de sa jurisprudence séparatiste. Un manque singulier de prévisibilité, donc de sécurité juridique, en découle⁴³³⁴. Dans l'affaire *Sainte-Marie* de 1992⁴³³⁵, elle a admis que deux membres de la chambre d'accusation de Pau qui se sont prononcés sur la détention d'un prévenu, puissent siéger ensuite, au fond, à la chambre des appels correctionnels de cette même cour d'appel dans le cadre d'une procédure connexe, dans la mesure où les juges de la détention fondèrent leur décision sur les propres déclarations de l'intéressé et se bornèrent « à apprécier sommairement les données disponibles »⁴³³⁶. Cette solution paraît d'autant plus discutable que les deux magistrats ont adopté un acte coercitif en l'espèce. Ils ont rendu (avec un troisième) une ordonnance de refus de mise en liberté de l'intéressé. Le juge européen a persisté dans cette voie avec l'affaire *Padovani*⁴³³⁷. Le juge d'instance (le *pretore*) avait interrogé un individu soupçonné de vol, eu recours à une mesure coercitive puisqu'il avait délivré un mandat d'arrêt à son encontre⁴³³⁸, l'avait cité à comparaître devant lui, avant de le condamner. En dépit du cumul patent des fonctions de ministère public et de juge de jugement, la Cour, à l'inverse de la Commission, conclut au défaut de violation de l'article 6 §1 au motif que « si pareille situation pouvait susciter des doutes chez l'intéressé, on ne saurait pour autant les considérer comme objectivement justifiés »⁴³³⁹.

869. Dans la décision *Fey / Autriche*⁴³⁴⁰, c'est une distinction entre « investigations approfondies » et « investigations moins approfondies » qui est mise en évidence pour conclure à l'absence de méconnaissance du principe d'impartialité. Il est vrai qu'en l'espèce, comme dans l'affaire *Bulut*⁴³⁴¹, les mesures litigieuses prises avant le jugement sur le fond ne s'analysaient pas en des actes coercitifs⁴³⁴². A la rigueur, il est concevable que « ce qui compte est l'étendue et la nature des mesures

⁴³³³ V. l'opinion concordante du juge De Meyer sous cet arrêt *Hauschildt*, selon qui « la simple circonstance qu'un juge du fond a auparavant exercé de telles fonctions (détention provisoire) dans l'affaire dont il se trouve saisi justifie objectivement des appréhensions légitimes quant à son impartialité » ; R. KOERING-JOULIN, La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6 par. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, *Rev. sc. crim.*, 1990, p. 765 et s., spéc. p. 773 et 774. Pour des critiques fondées sur l'érosion du principe de séparation des fonctions : F. JACQUOT, L'instruction préparatoire et la protection de la liberté individuelle (...), *op. cit.*, p. 466 à 469.

⁴³³⁴ R. KOERING-JOULIN, Le juge impartial, *op. cit.*, p. 12.

⁴³³⁵ CEDH, 16 déc. 1992, *Sainte-Marie / France*, n°12981/87 ; D., 1993, somm. comm., p. 384, obs. J.-F. RENUCCI ; J.C.P., 1993, I, 3654, n°13, obs. F. SUDRE.

⁴³³⁶ §33 de l'arrêt.

⁴³³⁷ CEDH, 26 fév. 1993, *Padovani / Italie*, n°13396/87 ; *Rev. sc. crim.*, 1994, p. 369, obs. R. KOERING-JOULIN ; J.C.P., 1994, I, 3742, n°18, obs. F. SUDRE.

⁴³³⁸ La Cour évoque pourtant l'exécution « d'actes d'instruction sommaires » par le magistrat en question avant la procédure de jugement (§28) ! Qu'est-ce qu'un acte d'instruction « approfondi » dans ce cas ? On mesure ainsi à quel point cette jurisprudence se révèle contestable.

⁴³³⁹ §28. Comme il l'a été écrit, « cette décision détonne dans le concert des décisions rendues en la matière, (...) sauf à l'expliquer par le souci de ne pas paralyser le fonctionnement de la justice italienne » : R. KOERING-JOULIN, Introduction générale, *in* Les nouveaux développements du procès équitable (...), *op. cit.*, p. 22.

⁴³⁴⁰ CEDH, 24 fév. 1993, *Fey / Autriche*, n°14396/88, not. §35 et 36 ; *Rev. sc. crim.*, 1994, p. 369, obs. R. KOERING-JOULIN ; J.C.P., 1994, I, 3742, n°18, obs. F. SUDRE.

⁴³⁴¹ CEDH, 22 fév. 1996, *Bulut / Autriche*, n°59/1994/506/588 ; *Rev. sc. crim.*, 1997, p. 473, obs. R. KOERING-JOULIN ; J.C.P., 1997, I, 4000, n°25, obs. F. SUDRE ; R.T.D.H., 1996, p. 627, obs. P. MARTENS.

⁴³⁴² Dans l'affaire *Fey*, ces mesures consistaient en une audition et en le recueil de renseignements auprès d'une banque et de deux compagnies d'assurances. Dans l'espèce *Bulut*, l'un des juges avait interrogé des témoins lors de l'instruction

adoptées par le juge avant le procès », ainsi que se plaît à le répéter le juge de Strasbourg⁴³⁴³. Toutefois, cette approche ne convainc pas⁴³⁴⁴, lorsque le magistrat a décidé d'un acte coercitif à l'égard du justiciable lors de la phase préparatoire du procès, puis a été amené à se prononcer sur sa culpabilité⁴³⁴⁵. Il semble raisonnable de considérer, dans ce cas, que les doutes de l'intéressé sur l'impartialité du juge sont objectivement fondés⁴³⁴⁶. Comment pourrait-il en être autrement si une personne renvoyée en jugement se retrouve face à un juge qui lui a fait subir avant le procès, au cours de la phase d'élaboration et de mise en état, des actes coercitifs, lesquels altèrent sans doute la liberté d'esprit pour la suite de la procédure et le jugement final, bref des actes de nature à créer un pré-jugement⁴³⁴⁷ ? La partialité du juge a justement été retenue, de manière certes très sporadique, lorsque celui-ci a accompli au préalable des actes coercitifs⁴³⁴⁸.

870. Mais il ne s'agit pas de la position de principe de la jurisprudence européenne. D'après celle-ci, le cumul par un juge des enfants des fonctions d'instruction, de mise en détention provisoire et de juge du fond n'enfreint pas l'exigence d'impartialité⁴³⁴⁹. La confusion des fonctions de justice serait permise en raison du particularisme de la juridiction des mineurs qui doit assurer la protection de leurs intérêts⁴³⁵⁰. Or, l'arrêt *Nortier* reste muet sur la spécificité de la justice pénale des mineurs pour justifier l'absence de violation du principe d'impartialité. Le juge européen s'est contenté d'examiner

préparatoire. La Cour juge alors que « dans ce contexte limité, on ne peut dès lors considérer comme objectivement justifiée la crainte du requérant de voir le tribunal (...) manquer d'impartialité » (§34).

⁴³⁴³ Sans jamais avoir clairement précisé ce que cela signifiait. V. par ex., CEDH, 24 fév. 1993, *Fey / Autriche*, préc., §30 ; CEDH, 6 juin 2000, *Morel / France*, n°34130/96, §45 ; J.C.P., 2001, I, 291, n°24, obs. F. SUDRE, à propos de l'impartialité du juge-commissaire dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire. L'arrêt a une motivation de portée générale.

⁴³⁴⁴ V. en ce sens, les opinions dissidentes des juges SPIELMANN et LOIZOU sous l'arrêt *Fey*, préc. ; F. SUDRE, obs. sur CEDH, 24 fév. 1993, *Fey / Autriche*, J.C.P., 1994, I, 3742, n°18, pour qui cette jurisprudence « laxiste » ne renforce pas « la sécurité juridique » ; R. KOERING-JOULIN, obs. sur CEDH, 24 fév. 1993, *Fey / Autriche*, Rev. sc. crim., 1994, p. 369.

⁴³⁴⁵ Dans son opinion séparée sous l'arrêt *Bulut* préc., le juge DE MEYER a proposé de distinguer entre les « actes purement préparatoires ou préliminaires » et ceux nécessitant un examen approfondi de l'affaire. Mais cette distinction séduisante « ne fait que déplacer le problème au lieu de le résoudre, les juges n'étant pas d'accord sur le contenu même de ces notions » : R. KOERING-JOULIN, *Le juge impartial*, op. cit., p. 12 et 13. En ce qu'elle repose sur un critère objectif, le caractère coercitif ou non des actes accomplis, la distinction entre actes coercitifs et non coercitifs apparaît intéressante. Elle permet de restituer une certaine prévisibilité à la matière : tout juge ayant eu recours à un acte attentatoire aux libertés individuelles durant la mise en état de l'affaire doit être écarté de la juridiction de jugement, comme celui qui a procédé au renvoi devant celle-ci.

⁴³⁴⁶ Et pourtant, V. CEDH, 22 avril 1994, *Saraiva de Carvalho / Portugal*, n°15651/89 ; J.C.P., 1995, I, 3823, n°26, obs. F. SUDRE, où le magistrat ayant ordonné le *despacho de pronuncia* (sorte de renvoi en jugement), a maintenu le requérant en détention provisoire (il s'agit bien un acte coercitif) et a, par la suite, présidé le tribunal qui l'a condamné à quinze ans d'emprisonnement. Selon C. GOYET, in *Remarques sur l'impartialité du tribunal*, D., 2001, chron., p. 328 et s., spéc. n°12 et 14, p. 330, « le juge peut être soupçonné légitimement de partialité objective lorsque, avant de participer à la formation de jugement, il a déjà été amené à traiter seul de questions analogues à celles soumises au tribunal. (...) Est partial ou de parti pris (apparent) le magistrat qui a déjà jugé (ou préjugé), en quelque mesure, le fond. Le critère paraît net ».

⁴³⁴⁷ V. S. GUINCHARD, op. cit., n°25, p. 40 et 41, où l'auteur n'évoque certes pas précisément le cas des actes coercitifs, mais celui « des mesures ». *Adde*, L. MILANO, op. cit., n°552, p. 442.

⁴³⁴⁸ Lorsqu'il a agi en qualité de juge d'instruction : V. CEDH, 25 fév. 1992, *Pfeifer et Plankl / Autriche*, n°10802/84 ; CEDH, 25 juill. 2000, *Tierce et autres / Saint-Marin*, n°24954/94, 24971/94 et 24972/94, §78 à 80 ; J.C.P., 2001, I, 291, n°24, obs. F. SUDRE : le cumul des fonctions de juge d'instruction et de juge du fond viole l'article 6 lorsque le juge a fait un usage très étendu de ses pouvoirs d'enquête (deux saisies conservatoires des biens de l'intéressé).

⁴³⁴⁹ CEDH, 24 août 1993, *Nortier / Pays-Bas*, n°13924/88 ; D., 1995 somm. comm., p. 105, obs. (approbatives) J.-F. RENUCCI ; J.C.P., 1994, I, 3742, n°19, obs. F. SUDRE ; Rev. sc. crim., 1994, p. 370, obs. R. KOERING-JOULIN ; R.T.D.H., 1994, p. 429, note J. VAN COMPERNOLLE.

⁴³⁵⁰ Sur l'aspect éducatif de la justice pénale des mineurs : C.C., 13 mars 2003, n°2003-467 DC, préc., cons. 36, évoquant « la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral » des mineurs « par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité ». *Adde*, l'opinion séparée du juge MORENILLA sur l'arrêt *Nortier* (§3 et 4).

in concreto la nature du cumul de fonctions pour déterminer si le juge des enfants s'est forgé une opinion sur la culpabilité durant l'instruction⁴³⁵¹. Celui-ci a ordonné le placement en détention provisoire d'un jeune de quinze ans soupçonné de tentative de viol, maintenu son incarcération et même prolongé la mesure à deux reprises. La Cour européenne n'y a rien vu à redire : le juge demeure impartial n'ayant pas fait usage de pouvoirs d'instruction et n'ayant pas eu à examiner de question de fond⁴³⁵² ; ce qui laisse pour le moins perplexe⁴³⁵³ ...

871. Il semble qu'elle ait évolué sur le cumul des fonctions d'instruction et de jugement du juge des enfants avec l'arrêt *Adamkiewicz* du 2 mars 2010⁴³⁵⁴. Procédant à une analyse *in concreto*, elle considère que le juge aux affaires familiales polonais ne constitue pas une juridiction impartiale au sens de l'article 6 de la Convention. Au cours de l'information, ce magistrat a fait un usage important des larges pouvoirs que lui confère la loi sur la procédure applicable aux mineurs⁴³⁵⁵. Le cumul circonstancié des fonctions d'instruction et de jugement se trouve, en l'espèce, condamné⁴³⁵⁶. Cette décision a permis de s'interroger sur la conventionnalité du système français. Un juge des enfants qui réalise des investigations utiles lors de l'instruction, notamment des actes coercitifs, décide du renvoi en jugement et compose ou préside la juridiction appelée à statuer sur la culpabilité du mineur, peut-il être regardé comme impartial⁴³⁵⁷ ?

872. En droit interne, le Conseil constitutionnel a posé certaines limites à ce cumul de fonctions. Il a précisé qu' « en permettant au juge des enfants qui a été chargé d'accomplir les diligences utiles

⁴³⁵¹ E. VERGES, Impartialité du juge des enfants et composition des juridictions des mineurs : le revirement de position (Loi n°2011-1940 du 26 décembre 2011 visant à instaurer un service citoyen pour les mineurs délinquants), Rev. sc. crim., 2012, chron., p. 201 et s., spéc. p. 202, ajoutant que la doctrine « a donné à l'arrêt *Nortier* une portée qu'il n'avait pas ».

⁴³⁵² §33 et 35 : « Que le juge (...) ait aussi pris des décisions avant le procès, notamment sur la détention provisoire, ne saurait en soi justifier des craintes quant à son impartialité ; ce qui compte est la portée et la nature des mesures en question ». Or, précisément, ce sont ces actes coercitifs qui posent problème au regard de son impartialité. Elle poursuit de la sorte : « Quant à ses ordonnances relatives à la détention provisoire, elles n'auraient pu légitimer des appréhensions concernant son impartialité que dans des circonstances spéciales du genre de celles de l'affaire *Hauschildt*. Or rien de tel en l'espèce ». D'aucuns ont approuvé cette jurisprudence : J. VAN COMPERNOLLE, note préc. sous CEDH, 24 août 1993, *Nortier / Pays-Bas*, spéc. n°12, p. 444 ; J.-F. RENUCCI, *op. cit.*, p. 441 et 442.

⁴³⁵³ Mais cela a arrangé la Cour de cassation qui venait également d'admettre la confusion des fonctions de justice : V. Cass. crim., 7 avril 1993, J.C.P., 1993, II, 22151, note M. ALLAIX ; D., 1993, jurisp., p. 553, note J. PRADEL ; C. LAZERGES, La séparation des fonctions de justice. A propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 7 avril 1993, Rev. sc. crim., 1994, p. 75 et s. ; Cass. crim., 8 nov. 2000, Inédit, n°00-80377 ; Dr. pénal, 2001, chron. n°15 par C. MARSAT.

⁴³⁵⁴ CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz / Pologne*, n°54729/00, préc. ; D., 2010, p. 1324, note P. BONFILS ; J.C.P., 2010, chron., 859, n°12, obs. F. SUDRE ; Rev. sc. crim., 2010, p. 687, obs. D. ROETS ; R.I.D.P., 2010, p. 338, obs. S. LAVRIC ; R.P.D.P., 2010, p. 701, obs. J.-F. RENUCCI et p. 714, obs. A. GOUTTENOIRE ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2011, chron. préc., n°18.

⁴³⁵⁵ §104 de l'arrêt. L'usage des fonctions d'instruction s'analyse comme le critère déterminant du cumul des fonctions d'instruction et de jugement du juge des enfants, la protection du mineur ne constituant plus qu'un critère incertain de ce cumul : V. P. BONFILS, note sous CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz / Pologne*, D., 2010, p. 1324, spéc. n°7 et s. et n°10 et s., p. 1326.

⁴³⁵⁶ Se référant à son constat de violation de l'article 6 à raison de l'atteinte aux garanties d'équité lors de l'instruction conduite par le juge aux affaires familiales, la Cour avoue qu'elle « ne décèle pas dans quelle mesure le fait que ce même magistrat ait subséquemment présidé la formation de jugement du tribunal ayant déclaré le requérant auteur des faits pouvait en l'espèce contribuer à assurer la meilleure protection de l'intérêt supérieur de l'enfant que le requérant était alors » (§107).

⁴³⁵⁷ En ce sens aussi, E. DREYER, obs. sur CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz / Pologne*, chron. préc. ; M. BENILLOUCHE, Les sources internationales de la justice pénale des mineurs, R.P.D.P., 2013, p. 535 et s., spéc. p. 540 et 541. *Adde*, E. JEULAND, Droit processuel général, *op. cit.*, n°207.

pour parvenir à la manifestation de la vérité et qui a renvoyé le mineur devant le tribunal pour enfants de présider cette juridiction de jugement habilitée à prononcer des peines, les dispositions contestées portent au principe d'impartialité des juridictions une atteinte contraire à la Constitution »⁴³⁵⁸. Cette décision du 8 juillet 2011 apparaît ambiguë. A la lecture de ce considérant, il est possible de s'interroger sur le cumul en réalité prohibé : est-ce le cumul instruction / jugement, celui renvoi / jugement ou bien les deux⁴³⁵⁹ ? A s'en tenir à sa lettre, la décision semble interdire les deux cumuls. Pourtant, seuls les actes de découverte de la vérité, en particulier ceux revêtant un caractère coercitif, peuvent *a priori* amener le juge à se forger une opinion sur la culpabilité du mineur⁴³⁶⁰. Peu après, les juges de la rue Montpensier ont repris, en s'y référant, les principes énoncés dans leur décision de juillet 2011⁴³⁶¹. Ils ont prononcé la censure de l'alinéa 2 de l'article 24-1 de l'ordonnance du 2 février 1945 qui prévoit que le tribunal correctionnel des mineurs, créé par la loi n°2011-939 du 10 août 2011, est présidé par un juge des enfants. Ayant instruit l'affaire et procédé au renvoi du mineur devant cette juridiction, ce magistrat ne pouvait plus remplir la fonction de président au stade du jugement⁴³⁶².

873. Une loi du 26 décembre 2011⁴³⁶³ règle la composition des juridictions pour mineurs en prohibant deux cumuls de fonctions. Le juge des enfants qui a renvoyé l'affaire ne peut présider ni le tribunal pour enfants ni le tribunal correctionnel pour mineurs⁴³⁶⁴. Ecarter le magistrat ayant procédé au renvoi du mineur devant la juridiction de jugement compétente⁴³⁶⁵, sans écartier expressément celui qui a instruit le dossier, se révèle insatisfaisant. Il peut arriver qu'un magistrat instruisse une affaire et

⁴³⁵⁸ C.C., Q.P.C., 8 juill. 2011, n°2011-147, *M. Tarek J.*, J.O. du 9 juill. 2011, p. 11979, cons. 11 ; A.J. pénal, 2011, jurispr., p. 596, obs. J.-B. PERRIER ; Rev. sc. crim., 2012, chron., p. 227, obs. B. DE LAMY, censurant l'article L. 251-3 du C.O.J., mais à compter du 1^{er} janvier 2013 (cons. 12). En revanche, « le principe d'impartialité des juridictions ne s'oppose pas à ce que le juge des enfants qui a instruit la procédure puisse, à l'issue de cette instruction, prononcer des mesures d'assistance, de surveillance ou d'éducation » (cons. 11). Le Conseil distingue donc selon la nature de la mesure à prononcer à l'endroit du mineur. C'est bien « la nature des mesures encourues qui tantôt fait pencher la procédure vers la singularité du droit des mineurs, tantôt vers les principes communs lorsque la mesure en question est répressive » (B. DE LAMY, obs. sur C.C., Q.P.C., 8 juill. 2011, Rev. sc. crim., 2012, chron., p. 227, spéc. p. 229).

⁴³⁵⁹ V. E. VERGES, *op. cit.*, p. 205 et 206, observant « une certaine confusion » puisque le juge constitutionnel « mélange l'instruction ("diligences utiles pour parvenir à la manifestation de la vérité") et l'autosaisine ("renvoyer le mineur") ».

⁴³⁶⁰ Dans le même sens : E. VERGES, *op. cit.*, p. 206.

⁴³⁶¹ C.C., 4 août 2011, n°2011-635 DC, préc., cons. 53 ; Rev. sc. crim., 2012, chron., p. 227, obs. B. DE LAMY.

⁴³⁶² Posant clairement le débat, certains auteurs ont exprimé des réserves à propos de cette décision. V. B. DE LAMY, obs. sur C.C., 4 août 2011, Rev. sc. crim., 2012, chron., p. 227, spéc. p. 229 : « Si cette jurisprudence peut séduire au premier abord parce qu'elle rejoint l'application des principes d'impartialité de la procédure pénale, elle gomme en réalité la singularité de la procédure applicable aux mineurs. Ne peut-on, en effet, renverser ici la logique ? La connaissance approfondie du dossier par un magistrat est, en effet, moins un risque de partialité que le gage d'une meilleure adaptation de la peine à la personnalité des mineurs ; l'éventail de ces peines et la diversité des modalités laissent au tribunal une marge d'appréciation qui serait utilement éclairée par une connaissance poussée du dossier ».

⁴³⁶³ Loi n°2011-1940 du 26 décembre 2011 visant à instaurer un service citoyen pour les mineurs délinquants, J.O. du 27 déc. 2011, p. 22275.

⁴³⁶⁴ Art. 5, I et IV de la loi du 26 décembre 2011, modifiant les articles L. 251-3 du C.O.J. et 24-1, al. 2 de l'ordonnance du 2 février 1945. Sur ce point : P. BONFILS, La constitutionnalisation du droit pénal des mineurs délinquants, in *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal*, Cujas, Actes et études, 2013, F. HOURQUEBIE et V. PELTIER (dir.), p. 103 et s., spéc. p. 107, pour qui « le bouleversement est de taille, et paraît même revenir sur la spécificité du droit pénal des mineurs », dans la mesure où « le Conseil constitutionnel est allé beaucoup plus loin que la Cour européenne ».

⁴³⁶⁵ Sur le renvoi rapide du mineur en jugement, la procédure de comparution à délai rapproché : C.C., Q.P.C., 21 sept. 2012, n°2012-272, *M. Afif F.*, J.O. du 22 sept. 2012, p. 15024 ; Rev. sc. crim., 2013, chron., p. 441, spéc. p. 444 et 445, obs. B. DE LAMY ; R.P.D.P., 2014, chron., p. 123, obs. T.-S. RENOUX et X. MAGNON, jugeant l'article 8-2 de l'ordonnance du 2 février 1945, dans sa rédaction issue de la loi n°2011-1940 du 26 décembre 2011, conforme à la Constitution.

la transmette à un autre en raison d'un congé, d'une mutation ou de la prise d'une autre fonction. S'il n'a pas lui-même effectué le renvoi du mineur en jugement, il pourra statuer au sein de la juridiction appelée à se prononcer sur la culpabilité, et ce, alors qu'il aura accompli des actes de recherche de la vérité et se sera sans doute forgé un pré-jugement⁴³⁶⁶. Il n'est donc pas sûr du tout que le système instauré réponde aux exigences conventionnelles, telles qu'explicitées dans l'arrêt *Adamkiewicz*⁴³⁶⁷. Afin d'éviter une condamnation européenne, il serait opportun de réserver l'exécution des actes coercitifs au juge d'instruction durant l'information. De cette façon, le juge des enfants n'entacherait pas son impartialité pour la suite de la procédure⁴³⁶⁸. Il serait encore possible, tout simplement, d'interdire au juge des enfants qui a instruit un dossier de statuer au fond⁴³⁶⁹.

874. Hormis le cas singulier des mineurs, il est réaffirmé, de manière régulière, que le juge qui se prononce sur la détention provisoire de la personne poursuivie ne saurait être perçu comme partial pour ce seul motif. Le placement, le maintien ou la prolongation de la mesure ne compromet pas, en soi, l'impartialité du magistrat⁴³⁷⁰. L'arrêt *Chesne* rappelle que le manquement à cette exigence est caractérisé uniquement s'il existe des circonstances particulières⁴³⁷¹. Tel est le cas lorsque les membres de la chambre de l'instruction expriment sans ambages leur conviction sur la culpabilité du suspect à l'occasion du rejet d'une demande de mise en liberté⁴³⁷². Ceux-ci ne peuvent ensuite siéger à la chambre des appels correctionnels qui juge cette personne au fond. L'impartialité objective des deux magistrats en cause pouvant paraître sujette à caution, la violation de l'article 6 §1 de la Convention se voit retenue⁴³⁷³.

875. Il est regrettable que le grief de partialité soit subordonné à de telles circonstances pour être accueilli⁴³⁷⁴. Avec cette solution, la Cour européenne retient « une conception édulcorée » de

⁴³⁶⁶ V. E. VERGES, *op. cit.*, p. 206 et 207.

⁴³⁶⁷ Selon cet arrêt, c'est la nature des actes exécutés et leur incidence sur le parti-pris du juge qui forment les critères décisifs pour apprécier l'atteinte à l'impartialité.

⁴³⁶⁸ Sur l'idée, n'évoquant pas l'accomplissement d'actes coercitifs, mais « l'importance des actes d'instruction à réaliser » (ce qui les englobe à l'évidence) : P. BONFILS, note sous CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz / Pologne*, D., 2010, p. 1324, spéc. n°9, p. 1326.

⁴³⁶⁹ Pour cette proposition, E. VERGES, *op. cit.*, p. 207.

⁴³⁷⁰ V. CEDH, 25 juill. 2002, *Perote Pellon / Espagne*, n°45238/99, §47 ; CEDH, 20 déc. 2005, *Jasiński / Pologne*, n°30865/96 (en anglais), §54 à 58. La Cour conclut à la non violation de l'article 6 §1 de la Convention alors qu'un juge présent au stade du jugement avait pris plusieurs décisions sur la détention du requérant en quelques mois.

⁴³⁷¹ CEDH, 22 avril 2010, *Chesne / France*, n°29808/06, §36 ; Rev. sc. crim., 2010, p. 690, obs. D. ROETS ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2011, chron. préc., spéc. n°17 ; V. aussi, CEDH, 26 oct. 2010, *Cardona Serrat / Espagne*, n°38715/06, §33 à 35 ; CEDH, 24 juin 2014, *Ionut-Laurentiu Tudor / Roumanie*, préc., §83 et s., qui pour retenir la violation de l'article 6 §1, relève que les juges ont invoqué l'existence « d'indices sérieux » contre le requérant et que ces indices permettaient de conclure qu'il avait « probablement commis les faits dont il était accusé ».

⁴³⁷² La Cour estime, dans l'espèce *Chesne*, que la motivation retenue par la chambre de l'instruction de la cour d'appel d'Orléans, dans deux arrêts de 2003, « constitue davantage une idée préconçue de la culpabilité du requérant que la simple description d'un "état de suspicion" » (§37). En effet, « la chambre de l'instruction ne s'est pas limitée à une appréciation sommaire des faits reprochés pour justifier la pertinence d'un maintien en détention provisoire, mais s'est au contraire prononcée sur l'existence d'éléments de culpabilité à la charge du requérant » (§38).

⁴³⁷³ §39 et 40 de l'arrêt.

⁴³⁷⁴ Tout dépend alors des circonstances de la cause comme l'explique la jurisprudence européenne : V. CEDH, 25 juill. 2002, *Perote Pellon*, préc., §50 à 52 ; CEDH, 22 avril 2004, *Cianetti / Italie*, n°55634/00, §42 et 43.

l'impartialité fonctionnelle⁴³⁷⁵. Le risque de partialité devrait être reconnu dès qu'un juge qui s'est penché sur le contentieux de la détention provisoire, se retrouve dans la juridiction de jugement⁴³⁷⁶. La juridiction strasbourgeoise a beau avancer que la question portant sur le placement (ou le maintien) en détention « ne se confond pas avec la question portant sur la culpabilité de l'intéressé »⁴³⁷⁷ ; elle a néanmoins posé, de longue date, qu'il existe « un lien trop étroit entre l'appréciation de la nécessité de la détention et celle – ultérieure – de la culpabilité »⁴³⁷⁸. Or, « entendue comme le débat sur les éléments existant ou non à la charge de la personne dont le placement ou le maintien en détention provisoire est envisagé », la culpabilité demeure « en question pendant la phase de mise en état des affaires pénales »⁴³⁷⁹. Elle fait donc bien l'objet d'un examen au moment d'apprécier la nécessité de cet acte coercitif⁴³⁸⁰.

876. L'article 5 §1 c) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales témoigne lui-même de l'examen du fond auquel doit se livrer le juge de la détention. Par exception au principe de liberté, ce texte autorise l'arrestation et la détention d'un individu, en vue de le conduire devant l'autorité judiciaire compétente, s'il existe « des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction (...) ». C'est dire que la détention provisoire nécessite l'existence de soupçons plausibles de culpabilité, fondés sur « des faits ou renseignements propres à persuader un observateur objectif que l'individu en cause peut avoir accompli l'infraction »⁴³⁸¹. Et pour le juge européen, « la persistance de raisons plausibles de soupçonner la personne arrêtée d'avoir accompli une infraction est une condition *sine qua non* de la régularité du maintien en détention »⁴³⁸². Bref, il faut bien que les magistrats analysent les pièces du dossier afin de constater de tels soupçons⁴³⁸³. Comment nier, dans ces conditions, que « le juge de la détention aborde le fond de la cause et se forge une opinion quant à la culpabilité du prévenu, même s'il doit s'arrêter à des indices

⁴³⁷⁵ D. ROETS, obs. sur CEDH, 22 avril 2010, *Chesne / France*, Rev. sc. crim., 2010, p. 690, spéc. p. 692.

⁴³⁷⁶ Dans le même sens : D. ROETS, obs. préc., p. 692 et 693, indiquant qu'« une autre conception de l'impartialité, plus stricte, est pourtant envisageable : celle qui consisterait à prendre en considération le seul risque de partialité né de la prise de décisions en matière de détention provisoire, indépendamment d'une aléatoire trace écrite de partialité *in defavorem* dans les motifs desdites décisions ».

⁴³⁷⁷ CEDH, 22 avril 2010, *Chesne / France*, préc., §36 ; CEDH, 26 oct. 2010, *Cardona Serrat / Espagne*, préc., §31.

⁴³⁷⁸ CEDH, 30 mars 1989, *Lamy / Belgique*, n°10444/83, §29 ; Rev. sc. crim., 1989, p. 556, obs. L.-E. PETTITI.

⁴³⁷⁹ C. GUERY, *Détention provisoire et culpabilité*, *op. cit.*, p. 1557 et l'ensemble de la démonstration.

⁴³⁸⁰ Rapp., de manière plus nuancée : A.-S. CHAVENT-LECLERE, note sous Cass. crim., 28 mars 2012, *Procédures*, 2012, comm. n°190, notant, à propos des limites du critère dégagé par l'arrêt *Chesne*, qu'il est « extrêmement délicat, voire impossible, de déterminer dans une affaire si un préjugement n'a pas été rendu possible du fait de la connaissance du dossier d'instruction lors de la détention provisoire, c'est-à-dire en début d'information, au moment même où les charges sont les plus importantes ».

⁴³⁸¹ CEDH, 30 août 1990, *Fox, Campbell et Hartley / Royaume-Uni*, préc., §32 ; CEDH (Gr. ch.), 6 avril 2000, *Labita / Italie*, n°26772/95, §155 ; CEDH, 11 janv. 2001, *N.C. / Italie*, n°24952/94, §44.

⁴³⁸² V. parmi beaucoup d'autres, CEDH, 28 oct. 1998, *Assenov et autres / Bulgarie*, préc., §154 ; CEDH, 6 avril 2000, *Labita / Italie*, préc., §153 ; CEDH, 20 janv. 2004, *D.P. / Pologne* (en anglais), n°34221/96, §85.

⁴³⁸³ V. F. KUTY, *op. cit.*, p. 462. Rapp., l'opinion séparée du juge DE MEYER sous l'arrêt *Bulut*, préc., not. §12 : « Il y a probablement aussi une certaine différence entre l'appréciation sommaire de la consistance des soupçons de la police et celle de l'existence de "soupçons particulièrement renforcés". Mais en quoi ceux-ci doivent-ils être plus forts que ceux qui peuvent être fondés sur des "indices suffisants de culpabilité" ou sur des "indices" qui suffisent "pour permettre de formuler un jugement sérieux de probabilité de culpabilité" ? ».

de culpabilité ou, en d'autres termes, à une apparence de culpabilité »⁴³⁸⁴ ? Il ne devrait plus connaître de l'affaire par la suite, compte tenu du risque évident de pré-jugement. Son impartialité s'avère douteuse, elle apparaît entachée selon toute vraisemblance⁴³⁸⁵.

877. Au-delà de la casuistique à laquelle s'adonne la Cour européenne, qui altère l'exigence de sécurité juridique, sa jurisprudence se révèle au fond boiteuse en ce sens qu'elle manque de cohérence. Il suffit, pour s'en convaincre, de comparer ses solutions adoptées en vertu de l'article 6 §1 de la Convention avec celles dégagées sur le fondement de l'article 5 §3, à propos de la qualité du magistrat habilité à contrôler la privation de liberté d'un suspect. Tandis qu'elle fait preuve de souplesse à l'égard du juge ayant statué sur la détention provisoire et siégeant ensuite au sein de la juridiction de jugement, elle se montre résolument plus exigeante vis-à-vis du magistrat chargé d'examiner la légalité de l'acte coercitif. S'il s'agit d'un membre du parquet, la Cour de Strasbourg s'oppose à ce qu'il puisse prendre une décision attentatoire à la liberté individuelle (mandat d'arrêt, prolongation de garde à vue...) ou soit investi du contrôle de la détention, s'il peut ultérieurement exercer les poursuites à l'encontre du suspect soumis à la mesure coercitive⁴³⁸⁶. Cela porte atteinte à son impartialité. Elle n'exige pas le cumul effectif des fonctions de poursuite et d'enquête, « mais se contente de la seule possibilité qu'il en soit ainsi »⁴³⁸⁷. Il paraît concevable de s'interroger sur la cohérence de la jurisprudence européenne. Ne fait-elle pas là deux poids, deux mesures ?

878. Celle-ci s'évertue à séparer la fonction de poursuite de celle d'enquête. Elle exclut que le contrôle des décisions compromettant la liberté individuelle soit confié à un magistrat du parquet. Elle refuse de voir en lui le juge de l'*habeas corpus*. Cependant, elle admet la confusion des fonctions d'instruction et de jugement, mieux, de juge de la détention au stade de l'information et de juge se prononçant sur la culpabilité de la personne poursuivie⁴³⁸⁸. Si le parquet doit être impartial⁴³⁸⁹, il ne

⁴³⁸⁴ *Ibid.* ; D. ROETS, Impartialité et justice pénale, *op. cit.*, n°154, p. 107 : « Ne peut-on déduire de ce texte (article 5 §1 c) que la mise en détention induit, dans l'optique de la Convention européenne des droits de l'homme, l'examen du fond du dossier ? » ; J. PRADEL, La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français, *Rev. sc. crim.*, 1990, p. 692 et s., spéc. n°14, p. 701 ; M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, n°24, p. 56.

⁴³⁸⁵ En ce sens également : S. JOSSERAND, L'impartialité du magistrat en procédure pénale, *op. cit.*, spéc. n°47, p. 46 et 47 ; D. ROETS, *op. cit.*, n°552, p. 324 et n°559 et s., p. 328 et s., évoquant l'influence de la détention provisoire sur la juridiction de jugement, sur la question de la culpabilité et la détermination de la peine (« couvrir la détention »).

⁴³⁸⁶ Ainsi dans l'affaire *Huber*, la requérante a été placée en détention provisoire sur mandat d'arrêt du procureur de district de Zurich. Puis elle a été renvoyée en jugement devant le tribunal par un acte d'accusation établi par le même procureur. Si la Cour admet que la Convention n'exclut pas « que le magistrat qui décide de la détention ait aussi d'autres fonctions », elle conclut que « son impartialité peut paraître sujette à caution s'il peut intervenir dans la procédure pénale ultérieure en qualité de partie poursuivante » : CEDH, 23 oct. 1990, *Huber / Suisse*, préc., §43 ; V. CEDH, 3 juin 2003, *Pantea / Roumanie*, préc. ; CEDH (Gr. ch.), 29 mars 2010, *Medvedev et autres / France*, préc., §124 : « Le magistrat doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale (...) » ; CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin / France*, préc., §58. V. G. BEAUSSONIE et *alii*, Contribution à l'étude de la notion « d'autorité judiciaire », *op. cit.*, p. 166 et 167.

⁴³⁸⁷ S. GUINCHARD, *op. cit.*, n°34, p. 58.

⁴³⁸⁸ C'est ce qu'il ressort de la jurisprudence européenne. Le magistrat qui décide ou contrôle une privation de liberté ne peut, dans la même affaire, déclencher l'action publique. Au contraire, le juge ordonnant un placement, un maintien ou une prolongation de la détention provisoire lors de l'instruction peut, lui, siéger au sein du tribunal et se prononcer sur la culpabilité (sous réserve de ne pas s'être ouvertement prononcé sur la culpabilité de l'intéressé). Où est la cohérence ?

décide pas du bien-fondé de l'accusation en matière pénale⁴³⁹⁰. Chargé de mettre en mouvement l'action publique, son éventuelle partialité doit conduire à lui ôter le contrôle de l'acte coercitif pour le confier à un organe indépendant et impartial⁴³⁹¹. Mais à force de focaliser toute son attention sur le ministère public, le juge européen n'a-t-il pas vidé, d'un autre côté, la garantie d'impartialité d'une bonne partie de sa substance au moyen de solutions regrettables concernant les juges du siège⁴³⁹² ? Pourquoi accepter le risque qu'un juge qui tranche l'affaire au fond et condamne, le cas échéant, un individu à une lourde peine, puisse être partial du fait de sa connaissance du dossier, née à l'occasion de sa ou ses décisions sur la détention ? Protection fondamentale contre l'arbitraire, le principe d'impartialité des magistrats doit être assuré de façon scrupuleuse. Eu égard à son importance, il ne saurait être à géométrie variable, comme à l'heure actuelle⁴³⁹³. Voilà pourquoi en vue de préserver la liberté individuelle, il demeure indispensable d'évincer du tribunal appelé à statuer sur la culpabilité d'une personne, celui, qui, au cours de la procédure, lui a fait subir un acte coercitif. La Cour de Strasbourg n'est pas la seule à adopter des positions contestables à ce sujet. La Cour de cassation en retient également.

2°- Application imparfaite de cette règle par le juge pénal

879. En droit positif français, plusieurs textes consacrent la séparation des fonctions de justice pénale. Cette garantie majeure de l'impartialité des juges est inscrite à l'article préliminaire, I, alinéa 2, du C.P.P., précisant que la procédure pénale « doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement »⁴³⁹⁴. Elle se retrouve à l'article 49, alinéa 2, du C.P.P., aux termes duquel le juge d'instruction ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu en sa qualité de juge d'instruction. De même, en vertu de l'article 137-1, alinéa 3, du C.P.P., le juge des libertés et de la détention ne peut, à peine de nullité, participer au jugement

⁴³⁸⁹ V. D.-N. COMMARET, *op. cit.*, p. 264. Pour des développements sur la question : E. MATHIAS, Les procureurs du droit. De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne, éd. CNRS, 1999, préf. M. DELMAS-MARTY, p. 241 et s. : « Comment admet-on encore l'intenable ambivalence d'un organe qu'on qualifie dès l'abord du procès répressif de "partie" et dont on exige néanmoins l'impartialité d'un magistrat ? Comment conçoit-on encore qu'une partie soit impartiale ? » (p. 246). Pour consacrer l'impartialité du parquet français, l'auteur propose « d'abolir la séparation de la poursuite et de l'instruction » (p. 242 et s.), « d'instaurer une séparation de l'enquête et de la poursuite » (p. 247 et s.), enfin de « contrôler la régularité des classements en opportunité » (p. 252 et s.).

⁴³⁹⁰ Comme le rappelle parfois la chambre criminelle pour évincer tout grief de partialité dirigé à l'encontre de ce magistrat : Cass. crim., 6 mai 1996, Bull. crim., n°187 ; Cass. crim., 6 janv. 1998, Dr. pénal, 1998, comm. n°40, note A. MARON ; Procédures, 1998, comm. n°98, note J. BUISSON.

⁴³⁹¹ Dans le même sens : G. BEAUSSONIE et *alii*, *op. cit.*, p. 165 et 166.

⁴³⁹² Quel est, en effet, l'intérêt d'appliquer rigoureusement l'exigence d'impartialité au stade de l'enquête et de la poursuite si, en aval, c'est-à-dire dans la phase décisive du procès, cette même exigence est sacrifiée ?

⁴³⁹³ V. C.C., Q.P.C., 8 juill. 2011, n°2011-147, préc., cons. 8 : « Le principe d'impartialité est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles ». Dans l'affaire *De Cubber*, la Cour européenne rappelait pourtant qu' « une interprétation restrictive de l'article 6 par. 1 – notamment quant au respect du principe fondamental de l'impartialité du juge – ne cadrerait pas avec l'objet et le but de cette disposition, vu la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique au sens de la Convention » (§30).

⁴³⁹⁴ Le législateur s'est inspiré de la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 2 février 1995, précitée. La fonction d'instruction est passée sous silence. Ne sont mentionnées ni la séparation des fonctions de poursuite et d'instruction ni celle d'instruction et de jugement.

des affaires pénales dont il a connu. L'article 253 de ce Code énonce, lui, que « ne peuvent faire partie de la cour en qualité de président ou d'assesseur les magistrats qui, dans l'affaire soumise à la cour d'assises, ont, soit fait un acte de poursuite ou d'instruction, soit participé à l'arrêt de mise en accusation ou à une décision sur le fond relative à la culpabilité de l'accusé »⁴³⁹⁵.

880. Ces dispositions éparses ne règlent pas tous les cas dans lesquels un magistrat pourrait connaître de la même affaire dans deux fonctions successives différentes. Rien n'est indiqué, par exemple, au cas où un conseiller de la chambre de l'instruction se retrouverait ensuite au sein de la chambre des appels correctionnels, appelée à juger l'affaire au fond. La jurisprudence a été amenée à compléter les lacunes de la loi⁴³⁹⁶. Sans doute l'exigence d'impartialité ne doit pas être « trop absolue, par référence à un idéal de neutralité abstraite et désincarnée, qui relèverait de l'utopie »⁴³⁹⁷. Elle ne l'est pas en droit positif⁴³⁹⁸. Pour preuve, les magistrats peuvent décerner un titre de détention et statuer ensuite sur une demande de mise en liberté⁴³⁹⁹, voire se prononcer sur une telle demande après avoir condamné le prévenu et décidé de son maintien en détention⁴⁴⁰⁰. L'obligation d'impartialité fait en réalité l'objet d'un traitement inégal, à l'origine de solutions peu cohérentes.

881. D'un côté, la chambre criminelle se montre stricte. En témoigne la situation du juge des libertés et de la détention. Si une certaine souplesse domine lorsque le cumul de ses fonctions reste étranger au jugement⁴⁴⁰¹, il lui est défendu de participer à tout jugement d'une affaire déjà abordée en

⁴³⁹⁵ V. Cass. crim., 18 mars 1982, Bull. crim., n°79, jugeant que le juge d'instruction ne peut siéger à la cour d'assises pour le jugement de l'affaire dans laquelle il a accompli un acte d'instruction et que cet article ne fait aucune distinction entre le juge d'instruction et le juge qui a seulement procédé à quelques-uns des actes de l'information.

⁴³⁹⁶ Sur l'insuffisance des dispositions légales, D. REBUT, Le droit à un tribunal impartial devant la Chambre criminelle, Rev. sc. crim., 1998, p. 449 et s., not. p. 450.

⁴³⁹⁷ R. DE GOUTTES, L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité ?, Rev. sc. crim., 2003, p. 63 et s., spéc. p. 64, ajoutant qu'« une telle "mystique de l'impartialité" conduirait à tous les malentendus » et prenant l'exemple du magistrat instructeur : « que se passerait-il (...) si l'on devait considérer qu'un juge d'instruction, par le seul fait qu'il saisit le juge des libertés aux fins de placement en détention d'une personne, manifeste par là un préjugé sur le fond et ne peut donc plus continuer à instruire » ?

⁴³⁹⁸ V. par ex., Cass. crim., 20 fév. 2008, Bull. crim., n°44 ; D. GUERIN, Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2009, chron. préc., spéc. n°3. Un substitut du procureur a effectué des actes de poursuite à l'encontre de personnes dans une affaire et, promu juge d'instruction dans une autre juridiction, il a instruit sur des faits distincts mettant en cause les mêmes personnes. Le pourvoi est rejeté mais l'un des moyens apparaît intéressant. Il souligne que ce magistrat instructeur a, lors de la première information, en tant que membre du parquet, « mené de nombreuses mesures coercitives dont il s'est ultérieurement abondamment servi, des pièces du premier dossier ayant été transférées dans le second ». Il conclut à l'existence d'un « doute objectif sur la capacité du magistrat à instruire à décharge, donc sur son impartialité objective liée à la connaissance préalable qu'il a eue du dossier ».

⁴³⁹⁹ Cass. crim., 12 juin 1997, Bull. crim., n°233 (le magistrat ayant ordonné la mise à exécution de l'ancienne ordonnance de prise de corps contre l'accusé peut présider la chambre d'accusation statuant sur le contentieux ultérieur de la détention). Rapp., en matière d'extradition, Cass. crim., 27 mars 2001, Bull. crim., n°79.

⁴⁴⁰⁰ Ce qui laisse parfois sur la conception jurisprudentielle de l'impartialité fonctionnelle du juge. Dans cette situation, celui-ci s'est nécessairement forgé un pré-jugement. V. pourtant, Cass. crim., 3 avril 2002, Bull. crim., n°76.

⁴⁴⁰¹ V. par ex., Cass. crim., 12 fév. 2003, Bull. crim., n°36 ; Dr. pénal, 2003, chron. n°12 par C. MARSAT et A. MARON. Un juge des libertés et de la détention ordonne la prolongation de l'incarcération du prévenu alors qu'il a auparavant, en qualité de membre de la chambre de l'instruction, confirmé l'ordonnance de placement en détention provisoire. Ceci est admis, il y a seulement une incompatibilité dans le fait de connaître de l'appel de sa propre décision ; Cass. crim., 27 oct. 2004, Bull. crim., n°260 ; D., 2005, pan., p. 684, n°1, obs. J. PRADEL ; R.P.D.P., 2005, p. 232, obs. E. VERGES. Il est permis à un membre de la chambre de l'instruction, statuant sur une demande en nullité, de siéger au sein de cette juridiction alors qu'il a rendu, au préalable, dans la même procédure, une ordonnance rejetant une demande de mise en liberté. Il s'agit

qualité de juge des libertés et de la détention⁴⁴⁰². De plus, un magistrat qui a prononcé une condamnation par défaut et décerné un mandat d'arrêt ne peut, en qualité de juge des libertés et de la détention, statuer sur les suites données au mandat d'arrêt sans qu'il soit porté atteinte à l'exigence d'impartialité⁴⁴⁰³. Malgré le silence conservé par l'article 137-1 du C.P.P., texte figurant dans les dispositions relatives aux juridictions d'instruction, cette prohibition possède une portée générale⁴⁴⁰⁴. Elle s'impose alors en toute hypothèse, que ce magistrat intervienne au cours de l'information ou qu'il ordonne la détention préalable à la comparution immédiate⁴⁴⁰⁵.

882. D'un autre côté, la chambre criminelle fait preuve de mansuétude, voire de laxisme⁴⁴⁰⁶. Elle refuse d'étendre l'interdiction posée à l'article 137-1, alinéa 3, du C.P.P. aux membres de la chambre de l'instruction qui se sont prononcés sur la détention provisoire du mis en examen. Elle les autorise à siéger ensuite à la chambre des appels correctionnels saisie du fond de l'affaire⁴⁴⁰⁷. Sous prétexte qu'aucune disposition légale ne prohibe pareil cumul, ce qui demeure interdit au juge des libertés et de la détention, devient permis aux conseillers de la chambre de l'instruction. Cette jurisprudence n'est, au vrai, pas nouvelle. Avant même l'instauration du juge des libertés par la loi du 15 juin 2000, la Haute juridiction judiciaire a argué de l'absence de texte spécifique afin d'anéantir, du moins d'assouplir l'exigence d'impartialité fonctionnelle de certains magistrats. Ainsi a-t-elle accepté qu'un membre de la chambre d'accusation ayant statué sur la détention provisoire d'un mis en examen, puisse, par la suite, composer la chambre des appels correctionnels⁴⁴⁰⁸. Se fondant sur l'article 253 du C.P.P., elle a dégagé une solution inverse s'agissant du magistrat ayant participé à un arrêt sur la

« de deux instances distinctes, dont ni l'une ni l'autre implique qu'il soit prononcé sur la culpabilité ». La solution demeure très discutable, le juge des libertés et de la détention s'étant ouvertement prononcé sur la culpabilité du mis en examen. Par ailleurs, la doctrine a soulevé une question très intéressante, celle de savoir si un juge des libertés, intervenu pour autoriser un acte coercitif au cours de l'enquête, peut connaître de l'affaire en jugement : V. B. DE LAMY, *Le juge des libertés et de la détention (...), op. cit.*, spéc. n°11, prônant une analyse *in concreto*. Afin de sauvegarder les libertés individuelles, ce magistrat doit toujours être écarté de la juridiction de jugement. L'article 137-1 du C.P.P. revêt, en outre, une portée générale.

⁴⁴⁰² Cass. crim., 16 mai 2007, A.J. pénal, 2007, jurispr., p. 386, obs. C. SAAS.

⁴⁴⁰³ Cass. crim., 30 mars 2011, Bull. crim., n°67 ; D., 2011, p. 1850, obs. A. LEPRIEUR.

⁴⁴⁰⁴ Cass. crim., 8 déc. 2009, Bull. crim., n°208 ; D., 2010, pan., p. 2261, obs. J. PRADEL ; Cass. crim., 23 sept. 2010, Bull. crim., n°140 ; D., 2011, études et comm., p. 124, n°1, obs. L. LAZERGES-COUSQUER.

⁴⁴⁰⁵ Cass. crim., 23 sept. 2010, préc. Cette solution avait été posée par les juges du fond : CA Colmar, ord., 16 juill. 2002, J.C.P., 2003, II, 10069, note (approbative) E. BRAUN et Y. STRICKLER. La motivation de cette décision est exemplaire, celle-ci mérite une approbation totale.

⁴⁴⁰⁶ Même sur sa composition : CEDH, 24 juin 2010, *Mancel et Branquart / France*, n°22349/06 ; D., 2010, act., p. 1945, obs. S. LAVRIC ; Rev. sc. crim., 2010, p. 693, obs. D. ROETS (hypothèse de deux pourvois successifs formés dans la même affaire, alors que sept des neuf conseillers ont statué à l'occasion du premier ; condamnation de la France pour défaut d'impartialité de la chambre criminelle).

⁴⁴⁰⁷ Cass. crim., 16 nov. 2005, Inédit, n°04-87723 (*Chesne*) ; Cass. crim., 28 mars 2012, Bull. crim., n°85 ; Procédures, 2012, comm. n°190, note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Rev. sc. crim., 2012, p. 617, obs. A. GIUDICELLI et p. 929, obs. J.-F. RENUCCI : « Qu'en effet, le simple fait qu'un juge ait pris, avant le procès, une décision relative à la détention provisoire ne peut, en soi, suffire à justifier que soit contestée son impartialité ».

⁴⁴⁰⁸ Cass. crim., 12 déc. 1974, Bull. crim., n°368 ; Cass. crim., 9 oct. 1979, Bull. crim., n°275 ; Cass. crim., 20 déc. 1984, Bull. crim., n°412 ; Cass. crim., 24 janv. 1985, Bull. crim., n°41 ; Rev. sc. crim., 1986, p. 131, obs. A. BRAUNSCHWEIG ; Cass. crim., 11 juin 1985, Bull. crim., n°226 ; Cass. crim., 6 nov. 1986 (affaire *Sainte-Marie*), D., 1987, jurispr., p. 237, note J. PRADEL ; Cass. crim., 23 janv. 1996, Bull. crim., n°35 ; Cass. crim., 19 fév. 1998, Bull. crim., n°74 ; Rev. sc. crim., 1998, p. 581, obs. J.-P. DINTILHAC ; Cass. crim., 2 fév. 2000, Bull. crim., n°55. La solution dégagée en matière de liberté vaut aussi pour les nullités : le juge ayant statué sur une requête en nullité, en tant que membre de la chambre d'accusation, peut ensuite composer la chambre des appels correctionnels : Cass. crim., 9 nov. 1995, Bull. crim., n°346.

détention provisoire, puis appelé à siéger à la cour d'assises. Il ne peut pas en faire partie, car il a « nécessairement procédé à un examen préalable du fond »⁴⁴⁰⁹.

883. Réserver un sort différent aux conseillers de la chambre de l'instruction par rapport au juge des libertés et de la détention semble déjà curieux⁴⁴¹⁰. Leur autoriser ou, au contraire, leur refuser de se prononcer sur le fond de l'affaire uniquement selon la nature de la juridiction de jugement saisie (chambre des appels correctionnels ou cour d'assises) apparaît franchement incohérent. De telles différences de régime s'avèrent injustifiées⁴⁴¹¹. « Ces incohérences de la jurisprudence criminelle témoignent d'une protection à géométrie variable de l'impartialité des décisions »⁴⁴¹². Il est naturel d'écarter le grief de partialité lorsque le magistrat intervenu au cours de l'information s'est contenté de prendre une décision de pure technique procédurale, une simple mesure d'administration judiciaire⁴⁴¹³. En revanche, il reste impératif de le retenir si celui-ci a adopté un acte coercitif, en particulier s'il a participé à un arrêt sur la liberté de la personne poursuivie⁴⁴¹⁴.

884. Contrairement à l'acte d'administration susceptible de provoquer un grief de faible gravité, l'acte coercitif génère un grief grave qui s'analyse en une atteinte aux libertés individuelles. Lorsqu'il s'agit d'une décision de placement, de maintien ou de prolongation de la détention provisoire, cette atteinte est d'autant plus importante. Il faudrait refuser le cumul des fonctions dans ces différentes hypothèses, car en décidant du maintien en détention provisoire, les juges ont nécessairement été amenés à apprécier les indices, en somme à procéder à un examen préalable du fond de l'affaire⁴⁴¹⁵. Ils se sont forgés un pré-jugement à cette occasion et ne devraient plus être autorisés à composer la juridiction de jugement, notamment le tribunal correctionnel. Le silence du législateur ne favorise pas l'élaboration d'une jurisprudence claire et cohérente⁴⁴¹⁶. La Cour de cassation interprète le principe

⁴⁴⁰⁹ Cass. crim., 12 oct. 1983, Bull. crim., n°243, qui opère un revirement sur Cass. crim., 28 mai 1968, Bull. crim., n°175 ; Cass. crim., 26 mai 1981, Bull. crim., n°170 ; Cass. crim., 8 avril 1992, Bull. crim., n°152 ; D., 1993, somm. comm., p. 204, obs. J. PRADEL ; Cass. crim., 3 déc. 1997, Dr. pénal, 1998, comm. n°58, note A. MARON. Sur la question, J.-P. DOUCET, La Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence pénale française, R.T.D.H., 1991, p. 177 et s., spéc. p. 181 et 182.

⁴⁴¹⁰ Dénonçant aussi cette incohérence : D. ROETS, obs. préc. sur CEDH, 22 avril 2010, *Chesne*, spéc. p. 693 ; A. GIUDICELLI, obs. sur Cass. crim., 28 mars 2012, Rev. sc. crim., 2012, p. 617, spéc. p. 620.

⁴⁴¹¹ Dans le même sens : J. PRADEL, La notion européenne de tribunal impartial (...), *op. cit.*, n°14, p. 700 et 701 ; R. KOERING-JOULIN, La chambre criminelle et les droits reconnus par la Convention européenne (...), *op. cit.*, p. 212 ; D. ROETS, Impartialité et justice pénale, *op. cit.*, n°152, p. 106, notant qu'« à l'évidence, le risque de partialité existant pour le magistrat appelé à composer la cour d'assises existe aussi pour celui qui est appelé à siéger à la chambre des appels correctionnels » ; A. BRAUNSCHWEIG, obs. sur Cass. crim., 24 janv. 1985, Rev. sc. crim., 1986, p. 131, spéc., p. 133, pour qui cet arrêt « provoque un sentiment de malaise ».

⁴⁴¹² S. JOSSERAND, *op. cit.*, n°88, p. 62. Pour une autre incohérence de la jurisprudence, V. Cass. crim., 29 avril 1996, Bull. crim., n°170, où il est admis qu'un président de chambre d'accusation ayant accompli des actes d'instruction, statue ensuite sur la régularité de ses propres actes. Cette solution très contestable a été dénoncée par le doyen GUINCHARD, *in* Le procès équitable : droit fondamental ?, *op. cit.*, p. 205.

⁴⁴¹³ En ce sens également : R. DE GOUTTES, *op. cit.*, p. 72 et les arrêts cités.

⁴⁴¹⁴ *Contra* : J.-F. RENUCCI, obs. sur Cass. crim., 28 mars 2012, Rev. sc. crim., 2012, p. 929.

⁴⁴¹⁵ Comme l'avoue la chambre criminelle dans certains arrêts : Cass. crim., 18 mars 1982, préc. ; Cass. crim., 8 avril 1992, préc. ; Cass. crim., 3 déc. 1997, préc. ; V. aussi, adoptant cette thèse, D. ROETS, Impartialité et justice pénale, *op. et loc. cit.*

⁴⁴¹⁶ V. S. JOSSERAND, *op. cit.*, n°92, p. 64.

séparatiste avec trop de souplesse, affaiblissant la protection qu'elle est censée assurer à la liberté individuelle⁴⁴¹⁷.

885. Elle serait mieux inspirée de régler cette situation d'une autre façon. Elle pourrait reprendre sa solution relative au magistrat qui, au cours de l'information judiciaire, a participé à un arrêt dans lequel a été examinée la valeur des charges. Celui-ci ne peut plus siéger par la suite à la chambre des appels correctionnels⁴⁴¹⁸. Etendre cette solution à l'hypothèse dans laquelle le membre de la juridiction d'instruction s'est prononcé sur la détention provisoire devient indispensable⁴⁴¹⁹. Le risque de partialité serait ainsi écarté, même s'il faut garder présent à l'esprit que « seule une machine peut être véritablement impartiale, parce que l'unique application neutre de la règle en est l'application mécanique »⁴⁴²⁰. Tant la jurisprudence de la Cour européenne que celle de la Cour de cassation prête le flanc à la critique en matière d'impartialité fonctionnelle. Elles doivent se montrer plus rigoureuse dans la mise en œuvre du principe séparatiste. Il convient d'écarter *ipso facto* de la juridiction de jugement le magistrat qui a eu recours à un acte coercitif lors de la phase préparatoire de la procédure, en particulier s'il a statué sur la détention provisoire⁴⁴²¹. Le système actuel du cumul présente un danger patent pour la liberté individuelle. Il trouve sa justification dans « les nécessités de l'intendance ». Or « on comprend que, dans l'application des principes, on tienne compte de ces nécessités. Mais à trop sacrifier les principes, c'est la justice qu'on abaisse »⁴⁴²².

886. Il existe finalement deux sortes d'exigences applicables à l'acte coercitif. Les unes, générales, s'appliquent à tout acte coercitif exécuté en procédure pénale. Il s'agit d'un noyau dur d'exigences irréductibles. Les autres, spéciales, ne concernent que certains d'entre eux, ceux qui possèdent d'ordinaire le degré de contrainte le plus élevé. Elles s'appliquent avec une force variable selon ces

⁴⁴¹⁷ En vertu de l'article 66 de la Constitution de 1958.

⁴⁴¹⁸ Cass. crim., 6 nov. 1986 (affaire *Eschbach*), D., 1987, jurispr., p. 238, note J. PRADEL ; Cass. crim., 4 déc. 2001, Dr. pénal, 2002, comm. n°48, note A. MARON (4^{ème} arrêt) ; Cass. crim., 15 sept. 2004, D., 2005, jurispr., p. 1138, note S. LAVRIC et G. ROYER. *Adde*, Cass. crim., 15 déc. 2004, D., 2005, pan., p. 685, n°2, obs. J. PRADEL.

⁴⁴¹⁹ En matière de référé-liberté, la jurisprudence pourrait d'ailleurs aussi évoluer. Celle-ci applique aujourd'hui la conception fonctionnelle de l'impartialité à d'autres hypothèses que le référé-liberté. Elle juge que le président d'une chambre de l'instruction ne peut connaître d'un appel qu'il a déclaré non admis : Cass. crim., 27 juin 2007, Procédures, 2007, comm. n°262, note J. BUISSON. Comp., Cass. crim., 6 juin 2000, Procédures, 2000, comm. n°222, note J. BUISSON, pour une solution très discutable qui mériterait d'être abandonnée.

⁴⁴²⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, Le droit à un tribunal impartial, *in* Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 15^{ème} éd., 2009, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET (dir.), p. 499 et s., spéc. n°640, p. 500.

⁴⁴²¹ Et d'autant plus lorsque les dispositions de l'article 221-3 du C.P.P. ont été mises en œuvre, les magistrats ayant alors connu de l'intégralité de la procédure, ce qui crée un vrai risque de pré-jugement. V. A. GIUDICELLI, obs. préc. sur Cass. crim., 28 mars 2012, Rev. sc. crim., 2012, p. 620 et 621.

⁴⁴²² J. PRADEL, note sous Cass. crim., 7 janv. et 6 nov. 1986 (4 arrêts), préc., D., 1987, jurispr., p. 242, ajoutant qu'« à chaque stade du procès, il faut des hommes neufs » (p. 240). V. aussi, A.-S. CHAVENT-LECLERE, note sous Cass. crim., 28 mars 2012, Procédures, 2012, comm. n°190, pour qui cette décision est « probablement soucieuse d'un certain réalisme économique qui implique que la taille de certaines juridictions ne permette pas une absence de cumul systématique. Elle l'est moins des principes essentiels de la défense pénale qu'elle a la charge de faire rayonner ».

actes⁴⁴²³. Dans la mesure où ces exigences générales et spéciales tendent à protéger les libertés individuelles, elles s'avèrent intangibles. A l'évidence, cette intangibilité devrait être absolue. Malheureusement, elle se révèle plutôt relative. Le régime juridique de l'acte coercitif comporte encore son lot d'imperfections et de zones de résistance. L'évolution se fait néanmoins dans le bon sens⁴⁴²⁴.

887. L'intensification de l'exigence du procès équitable, qui se traduit par un renforcement notable des garanties, n'y est pas étrangère. L'acte coercitif obéit toujours davantage au droit substantiel à un procès équitable⁴⁴²⁵. Il n'a pas échappé au phénomène d'attraction générale au respect de ce droit. Il apparaît soumis aux nombreuses garanties véhiculées par cette exigence, notamment les garanties fondamentales de procédure mentionnées aux articles 5 et 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme⁴⁴²⁶. Celles-ci viennent encadrer le recours et l'utilisation de la coercition par les autorités publiques, dont les atteintes portées aux libertés individuelles (liberté d'aller et venir, droit au respect de la vie privée, inviolabilité du domicile...) se révèlent de plus en plus graves. En témoignent les gardes à vue pouvant atteindre six jours en matière de terrorisme, l'extension du champ d'application des perquisitions nocturnes, les surveillances nouvelles, telles les sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules, etc. Il convient dès lors de renforcer les garanties et droits procéduraux des justiciables en vue d'endiguer le déséquilibre créé⁴⁴²⁷. Contrepartie du grief occasionné, ce renforcement demeure indispensable à la préservation de l'équilibre des droits des parties au procès pénal. C'est pourquoi l'acte coercitif est attiré, voire aspiré, dans un grand régime protecteur commun en dépit de ses variations particulières. Irréductibles, de telles déclinaisons appellent une étude approfondie.

⁴⁴²³ Plus l'acte est coercitif, plus il est encadré, entouré de garanties effectives.

⁴⁴²⁴ Pour le même constat : C. COPAIN, L'encadrement de la contrainte probatoire (...), *op. cit.*, n°52, 53 et 501.

⁴⁴²⁵ Sur le caractère fondamental de ce droit, S. GUINCHARD, Le procès équitable : garantie (...), *op. cit.*, spéc. p. 168. Il a été indiqué que pour la Cour européenne des droits de l'homme, « le procès équitable est le procès accusatoire, ni plus, ni moins », celle-ci ne cessant « de rappeler "le droit fondamental au caractère contradictoire de la procédure", ce qui signifie le droit à une procédure accusatoire dont l'Etat est absent » : E. ZOLLER, Procès équitable et *due process of law*, D., 2007, chron., p. 517 et s., spéc. p. 522.

⁴⁴²⁶ Ou les « garanties appropriées » auxquelles se réfère le juge constitutionnel : V. par ex., C.C., Q.P.C., 30 juill. 2010, n°2010-14/22, préc., cons. 25. V. T.-S. RENOUX, Le point de vue de l'universitaire. Garde à vue, droit de garder le silence et graduation des garanties constitutionnelles en cas d'atteinte portée à la liberté individuelle, *in* Garde à vue : la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, R.P.D.P., 2010, dossier spécial, p. 629 et s., spéc. p. 635.

⁴⁴²⁷ D'aucuns regrettent l'évolution de la procédure en ce sens : F. CASORLA, Le point de vue du magistrat. Vers l'inconstitutionnalité pour inconventionnalité du Code de procédure pénale ?, *in* Garde à vue : la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, R.P.D.P., 2010, dossier spécial, p. 609 et s., not. p. 614, 618 et 621.

CHAPITRE 2 : LES VARIANTES : LES DECLINAISONS IRREDUCTIBLES DE L'ACTE COERCITIF

888. Parce qu'elle comprend des actes de police, d'instruction et de juridiction poursuivant un but probatoire, provisoire ou sanctionnateur, bref des actes dont la nature et la fonction sont différentes, la catégorie d'acte coercitif demeure une catégorie juridique assez vaste. Tous les actes qui la composent ne peuvent, de ce point de vue, suivre un régime parfaitement identique. En d'autres termes, l'acte coercitif présente des déclinaisons inéluctables. Une pluralité de facteurs génère ces dernières. Son exécution varie selon la nature de l'infraction commise, la qualité de son auteur ou bien le lieu où cet acte doit être réalisé. Autant de variations qui conservent de nombreuses incidences sur son régime, caractérisé à première vue par une absence totale d'uniformité.

889. Ce qui frappe cependant, au-delà de ces déclinaisons diverses, c'est l'instauration progressive de garanties afin d'encadrer au mieux l'acte coercitif. Conscient de ses dangers pour les libertés individuelles, le droit français, sous l'impulsion décisive du droit européen, a entouré les formes de ses variations de garanties et de principes directeurs. Il est veillé à ce que son intensité, de même que sa durée, ne dépassent pas certaines limites. Commun à l'ensemble des actes coercitifs, ce régime protecteur s'applique à eux seuls. L'enjeu de la qualification des actes accomplis en procédure pénale peut ainsi être mesuré. L'intérêt de faire entrer l'un d'eux dans cette catégorie consiste à le soumettre à ce régime⁴⁴²⁸. Au total, il faut se rendre à l'évidence : les déclinaisons de l'acte coercitif restent insusceptibles de disparaître. Elles ne sauraient être entièrement gommées en raison de la multitude de causes de variation. Soulignant les déclinaisons de cet acte (**Section I**), celles-ci donnent l'impression de menacer son unité. Or, cette unité se révèle en réalité sauvegardée ; car aussi importantes soient-

⁴⁴²⁸ D'où la vigilance récurrente de la Cour de cassation, qui refuse d'assimiler certaines mesures et opérations à des actes coercitifs ou qui prend soin de restituer aux actes leur qualification exacte : V. Cass. crim., 12 fév. 2008 (2 espèces), préc. (absence de perquisitions) ; Cass. crim., 5 fév. 2008, Bull. crim., n°30 ; Rev. sc. crim., 2009, p. 104, obs. C. AMBROISE-CASTEROT (les « pénétrations » prévues par l'article L. 215-3 du Code de la consommation ne sont pas des perquisitions) ; Cass. crim., 14 sept. 2004, préc. (absence de perquisition et de saisie) ; Cass. crim., 18 fév. 2004, Dr. pénal, 2004, comm. n°77 (les mesures appropriées prises en application de l'article 17 de la Convention de Vienne de 1988 ne peuvent être assimilées à une détention provisoire) ; Cass. crim., 22 mai 2002, Procédures, 2002, comm. n°194, note J. BUISSON (absence de perquisition) ; Cass. crim., 15 oct. 2002, Dr. pénal, 2003, chron. n°13 par C. MARSAT et A. MARON (absence de saisie) ; Cass. crim., 19 janv. 2000, préc. (absence d'interception de correspondance émise par la voie des télécommunications) ; Cass. crim., 14 avril 1999, Bull. crim., n°82 ; J.C.P., 2000, II, 10312, note V. PELTIER ; Dr. pénal, 1999, comm. n°124, note A. MARON ; Cass. crim., 13 oct. 1998, Dr. pénal, 1999, comm. n°33, note A. MARON ; Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°226, note J. BUISSON (une mesure de simple surveillance n'est pas une garde à vue) ; Cass. crim., 9 sept. 1998, Dr. pénal, 1999, comm. n°16, note A. MARON (une rétention en chambre de sûreté ne constitue pas une garde à vue) ; Cass. crim., 6 mars 2013, Bull. crim., n°62, préc. (distinction entre la sonorisation et captation d'images et le système de vidéosurveillance installé à titre privé dans les parties communes d'un immeuble d'habitation) ; Cass. crim., 26 fév. 2014, Bull. crim., n°61, préc. (la simple opération de rassemblement dans une pièce unique, par les policiers, des armes visibles dans les différents endroits d'une maison dans laquelle est recherchée une personne qui vient de prendre la fuite pour échapper à son interpellation n'est pas assimilable à une perquisition et constitue une mesure nécessaire à assurer la protection de la sécurité des personnes).

elles, ces déclinaisons s'avèrent secondaires. Sans les supprimer, l'encadrement des formes de variation de l'acte coercitif tend néanmoins à les effacer (**Section II**).

Section I – Les déclinaisons soulignées : le foisonnement des causes de variation

890. Les différentes variations de l'acte coercitif ne procèdent pas d'une cause unique. Elles tirent leur origine d'une pluralité de facteurs. Certaines s'expliquent par la diversité des personnes pouvant exécuter des actes coercitifs et par la dissemblance de celles qui les subissent. D'autres se fondent sur des éléments extérieurs aux personnes. Il s'agit, par exemple, de la nature de l'infraction commise ou de ses modalités d'accomplissement, du moment auquel l'acte coercitif doit être effectué ou de l'endroit où il semble indispensable d'y procéder. C'est dire qu'avant d'étudier les variations subjectives de cet acte (§2), il convient au préalable d'en examiner les variations objectives (§1).

§1 – Les variations objectives de l'acte coercitif

891. Il est des variations qui découlent directement des faits commis. Qu'elle soit simplement supputée ou, au contraire, d'ores et déjà caractérisée, l'infraction en cause apparaît comme une source première de variation de l'acte coercitif. Elle traduit ses variations *materiae* (A). Celui-ci connaît encore d'autres variations objectives, en rapport avec le temps et l'espace. Ce sont ses variations *loci* et *temporis* (B).

A – Variations *materiae*

892. Les faits se révèlent essentiels dans la mesure où ils fournissent le cadre juridique dans lequel les autorités publiques peuvent mener les investigations. Elles ne disposent pas des mêmes pouvoirs selon ce cadre. Les actes coercitifs susceptibles d'être exécutés dépendent de la procédure engagée. Ainsi cet acte varie-t-il en fonction de la commission supputée ou avérée d'une infraction (1°), de la nature de celle-ci (2°) et du moment et des modalités de sa commission (3°).

1°- En fonction de la commission supputée ou avérée d'une infraction

893. Dans ses articles 74 et 74-1, le Code de procédure pénale organise des enquêtes particulières de mort, blessures graves et disparition suspectes⁴⁴²⁹. Il s'agit de situations suspectes, la suspicion

⁴⁴²⁹ L'enquête de blessures graves suspectes a été créée par la loi du 9 mars 2004 et figure au dernier alinéa de l'article 74 du C.P.P., tandis que celle de disparition suspecte est une création de la loi du 9 septembre 2002 et se trouve consacrée à l'article 74-1 de ce Code. La mort suspecte a été définie comme « toute mort, quelle qu'en soit la cause, qui survient dans des conditions très particulières qui font que, lors de la constatation du décès, le caractère naturel de celui-ci n'apparaît pas et justifie des vérifications judiciaires et médicales. Très souvent, les décès suspects cachent des crimes ou des délits, mais ils

portant sur « une situation de fait troublante, intermédiaire car située entre deux certitudes : celle, d'un côté, de l'absence incontestable d'infraction pénale qui ne justifiera pas le déclenchement d'investigations judiciaires et celle, de l'autre, de l'existence certaine d'un délit ou d'un crime. Il y a situation "suspecte" de par le rattachement causal possible à une entreprise infractionnelle quelconque (contravention, délit ou crime, tenté ou consommé) »⁴⁴³⁰. Une procédure va être diligentée en l'absence d'infraction avérée, donc en cas de « doute sur l'existence même d'un coupable »⁴⁴³¹. Elle revêt un caractère *sui generis* eu égard à son but⁴⁴³², rechercher si une atteinte à la loi pénale a pu être portée⁴⁴³³. Malgré le manque de certitude de la commission d'une infraction, la loi octroie aux autorités policières et judiciaires (police, gendarmerie, procureur de la République, juge d'instruction) des pouvoirs coercitifs assez importants.

894. Distincte de l'enquête sur infraction flagrante en ce qu'aucune qualification pénale n'est encore envisagée, l'enquête aux fins de recherche des causes du décès – ou celle de blessures graves dont la cause est inconnue ou suspecte – s'en sépare aussi quant à l'intensité de la coercition dont les enquêteurs peuvent faire usage⁴⁴³⁴. En effet, « lorsqu'il agit dans le cadre des dispositions de l'article 74 (du C.P.P.), le juge d'instruction n'use que de ses pouvoirs de police, différents, de par leur nature

n'apparaissent nullement au premier examen » : F. GOLLETTY, Les morts suspectes, Rev. sc. crim., 1958, p. 913 et s., spéc. p. 913.

⁴⁴³⁰ F. DEFFERRARD, Mort, blessures graves et disparition suspectes, Jcl. proc. pén., art. 74 et 74-1, fasc. 20, spéc. n°3, fournissant des illustrations de ces situations : « Tel cadavre, par exemple, est trouvé à l'aplomb d'un immeuble. S'agit-il d'un accident ? D'un suicide ? D'un meurtre ? (...) Tel écolier n'est pas rentré de classes comme chaque jour de la semaine. L'enfant s'est-il perdu ? A-t-il fait une fugue ? Est-il la proie de malfaiteurs qui l'ont enlevé ? ». La disparition au sens de l'article 74-1 du C.P.P. serait une sorte « "d'absence suspecte" ». Elle correspondrait « à l'état d'une personne qui, après l'écoulement d'un temps anormalement long (qui peut être très bref, selon la personne et/ou les circonstances : quelques heures pour un enfant, plusieurs jours pour un adulte) ne donne plus de ses nouvelles à ceux qui en attendent de lui, et ce de façon à la fois soudaine, inattendue et inexplicable, et dans des conditions qui suscitent des craintes sur ce qu'elle a pu devenir » (n°55).

⁴⁴³¹ J.-F. CESARO, Le doute en droit privé, *op. cit.*, note n°68, p. 646. Rapp., F. DEFFERRARD, *op. cit.*, notant que ces enquêtes ont « cette singularité d'être des suspensions dépourvues de suspect ».

⁴⁴³² CA Douai, ch. instr., 25 janv. 2006, Inédit, n°05/02499, ajoutant que « l'information ouverte dans le cadre des dispositions de l'article 74 du Code de procédure pénale est dérogatoire du droit commun en ce que, d'une part, elle a pour seul but la recherche des causes du décès, les investigations devant être interrompues dès lors que les démarches tendant à élucider la mort ont été effectuées, d'autre part, elle ne met pas en mouvement l'action publique (...) ». La doctrine est en ce sens : V. H. MATSOPOULOU, Les enquêtes de police, *op. cit.*, n°133, p. 114 ; J.-F. CESARO, *op. cit.*, note n°68, p. 647 et 648 ; M.-C. NAGOUAS-GUERIN, Le doute en matière pénale, *op. cit.*, n°238 et s., p. 156 et s. et n°260 et s., p. 170 et s., évoquant « une "information-enquête" de police judiciaire » à propos de l'information aux fins de recherche des causes du décès ; F. DEFFERRARD, *op. cit.*, n°102 et 103 ; C. GUERY, La mort suspecte n'est plus ce qu'elle était !, J.C.P., 2008, I, 187, spéc. n°2 et 23.

⁴⁴³³ Cass. crim., 26 juill. 1966, Bull. crim., n°215 ; D., 1967, jurispr., p. 58, note B. EDELMAN ; Rev. sc. crim., 1967, p. 189, obs. J. ROBERT : « (...) que, dès lors, ces réquisitions ne tendant pas, en l'état, à la poursuite d'une infraction à la loi pénale, mais seulement à rechercher si une atteinte avait pu y être portée, ne pouvaient avoir pour effet de mettre l'action publique en mouvement ». Cette position permettait de refuser la constitution de partie civile dans ce type de procédure « où il n'est pas instruit sur une infraction pénale » (CA Paris, ch. acc., 1^{ère} sect., 29 mars 1966, J.C.P., 1966, II, 14718 note N. S.), ou bien de la soustraire à l'exigence de désignation du juge d'instruction par le président du tribunal (Cass. crim., 11 mai 1989, Bull. crim., n°193 ; D., 1989, somm. comm., p. 392, obs. J. PRADEL). Depuis la loi du 9 septembre 2002, l'article 80-4, al. 2 du C.P.P. prévoit que les membres de la famille ou les proches de la personne décédée ou disparue peuvent se constituer partie civile à titre incident.

⁴⁴³⁴ V. H. VLAMYNCK, La théorie de l'apparence (...), *op. cit.*, p. 322 : « L'existence d'une infraction déterminera la mise en œuvre des pouvoirs coercitifs que la loi confère à la police judiciaire en vue d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs. En présence d'une situation suspecte dont l'origine criminelle ou délictuelle demeure incertaine, le législateur adopte une voie moyenne en multipliant les cadres spécifiques d'enquête dans lesquels les pouvoirs de la police judiciaire ne sont plus immédiatement tournés vers la recherche du délinquant, mais vers la détermination ou non d'un trouble à l'ordre social ».

et leurs effets, de ceux qui lui sont dévolus en vertu des réquisitions prises par le parquet conformément à l'article 80 du Code de procédure pénale »⁴⁴³⁵. Il n'empêche qu'elle a davantage fait preuve de volonté répressive que d'une intention de protéger les libertés individuelles⁴⁴³⁶, autorisant l'exécution d'actes coercitifs *praeter legem* ou les validant en dépit de l'ignorance des formes⁴⁴³⁷. Elle s'est contentée de sanctionner certaines pratiques illégales. Agissant dans le cadre de l'article 74 du C.P.P., un O.P.J. qui doit se rendre sur les lieux ne peut subdéléguer à un fonctionnaire ne possédant pas la qualité d'O.P.J. les prérogatives qui lui ont été spécialement attribuées par le procureur de la République⁴⁴³⁸.

895. Après la loi du 9 septembre 2002 ayant introduit un article 80-4 dans le Code de procédure pénale afin d'aligner l'instruction tendant à rechercher les causes de la mort sur celle de droit commun⁴⁴³⁹, la loi n°2009-526 du 12 mai 2009, dite de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures⁴⁴⁴⁰, enrichit l'article 74 du même Code de nouvelles dispositions. Le quatrième alinéa de ce texte précise qu'une enquête aux fins de recherche des causes du décès (ou de blessures graves dont la cause est inconnue ou suspecte) est ouverte sur les instructions du procureur de la République. Grâce à cette loi, la liste des actes d'investigation susceptibles d'être accomplis par les enquêteurs dans ce cadre procédural est désormais connue. Ceux-ci ont gagné des pouvoirs coercitifs. Ils peuvent réaliser les actes énumérés aux articles 56 à 62 du C.P.P. dans les conditions prévues en cas de flagrance. Il leur est permis d'opérer des visites domiciliaires, perquisitions et saisies⁴⁴⁴¹, y compris dans des lieux protégés⁴⁴⁴², ou de procéder à l'audition de toutes personnes

⁴⁴³⁵ CA Amiens, (ch. acc.), 8 août 1974, J.C.P., 1975, II, 18164, note P. CHAMBON.

⁴⁴³⁶ V. Cass. crim., 6 juin 1991, Bull. crim., n°243 : « Attendu que les actes d'instruction accomplis pour rechercher les causes de la mort, par application de l'article 74 du Code de procédure pénale et qui ont pour objet de vérifier si la victime n'est pas décédée à la suite d'un crime ou d'un délit, interrompent la prescription de l'action publique ».

⁴⁴³⁷ V. Cass. crim., 24 fév. 1987, Bull. crim., n°93. Sur cet arrêt, C. GUERY, La mort suspecte n'est plus ce qu'elle était !, *op. cit.*, not. n°10 à 13 ; Cass. crim., 13 oct. 2009, A.J. pénal, 2009, jurispr., p. 502, obs. C. GIRAULT, où les règles relatives aux saisies et aux scellés n'ont pas été respectées. Le juge de cassation approuve pourtant les juges du fond d'avoir écarté l'exception de nullité, « l'article 74, dans sa rédaction alors en vigueur, ne (soumettant) les actes en cause à aucune forme particulière ».

⁴⁴³⁸ Cass. crim., 1^{er} avril 1987, Bull. crim., n°155 ; Rev. sc. crim., 1987, p. 731, obs. A. BRAUNSCHWEIG. Mais la subdélégation à un autre O.P.J. s'avère possible : Cass. crim., 15 fév. 2006, Dr. pénal, 2006, comm. n°64, note A. MARON. La solution est logique, le Code de procédure pénale n'autorise pas les O.P.J. à déléguer les prérogatives qu'ils tiennent de leur qualité à de simples A.P.J.

⁴⁴³⁹ Ce texte renvoie aux articles 79 à 190 du C.P.P. Il faut se garder de croire que toutes ces dispositions sont applicables. Il s'agit du cadre général. Le magistrat instructeur exécute des actes d'instruction utiles à la manifestation de la vérité, mais il ne saurait adopter l'ensemble des actes coercitifs qu'il déciderait dans une information de droit commun.

⁴⁴⁴⁰ J.O. du 13 mai 2009, p. 7920 ; Procédures, 2009, comm. n°209, note J. BUISSON ; D., 2009, p. 1338, obs. S. LAVRIC ; Rev. sc. crim., 2009, p. 869 et s., obs. E. VERGES, C. RIBEYRE et A.-G. ROBERT.

⁴⁴⁴¹ Ce qui a clarifié la situation car, avant cette loi, aucun texte légal ne prévoyait la possibilité d'accomplir des perquisitions et saisies dans le cadre de ces procédures. De plus, les saisies pouvaient-elles revêtir un caractère coercitif ou, au contraire, fallait-il s'efforcer de recueillir l'assentiment de l'intéressé ? Sur tous ces points, M.-C. NAGOUAS-GUERIN, *op. cit.*, n°255 et 256, p. 168 ; F. DEFFERRARD, *op. cit.*, n°109 et s.

⁴⁴⁴² C'est-à-dire dans le cabinet ou au domicile d'un avocat, dans les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle, dans le cabinet d'un médecin, d'un notaire ou d'un huissier.

susceptibles de fournir des renseignements sur les faits en les contraignant à comparaître et en les retenant le temps strictement nécessaire à leur audition⁴⁴⁴³.

896. Bref, les O.P.J. peuvent user des pouvoirs qu'ils tiennent de l'enquête sur infraction flagrante pendant un délai de huit jours⁴⁴⁴⁴, excepté celui de placer une personne en garde à vue. Le législateur a pris soin de ne pas mentionner l'article 63 du C.P.P. dans le répertoire des actes autorisés⁴⁴⁴⁵. Son choix semble raisonnable. Tant que subsiste un doute sérieux sur les causes de la mort, autrement dit tant qu'il existe un doute sur la commission d'une infraction (un crime en l'occurrence), il convient d'exclure cet acte coercitif⁴⁴⁴⁶. De toute façon, sa définition, telle qu'énoncée à l'article 62-2 du C.P.P., s'accommoderait mal du cadre juridique des articles 74 et 74-1 du C.P.P.⁴⁴⁴⁷. Lorsqu'une information pour recherche des causes de la mort ou d'une disparition est menée, le juge d'instruction a en revanche la possibilité de recourir à des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications.

897. Investir ce magistrat du pouvoir d'effectuer des écoutes téléphoniques dans le cadre de ces procédures s'avère discutable au regard des termes utilisés par l'article 100 du C.P.P. Ce texte autorise l'exécution de l'acte coercitif « en matière criminelle et en matière correctionnelle, si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement ». Une telle condition se révèle *a priori* incompatible avec une procédure qui n'implique pas qu'une infraction soit connue⁴⁴⁴⁸. De pures considérations d'opportunité expliqueraient la consécration de ces interceptions téléphoniques, car « après tout, on peut tout à fait imaginer qu'une écoute soit nécessaire pour établir si une infraction a été commise ou non, ou pour enquêter sur une disparition »⁴⁴⁴⁹. Réalisées sous l'autorité et le contrôle du juge d'instruction, elles sont davantage limitées dans le temps qu'en droit commun. Elles ne sauraient excéder une durée de deux mois renouvelable⁴⁴⁵⁰, soit la moitié de la durée maximum autorisée par l'article 100-2 du C.P.P. Le législateur a souhaité réduire la période d'intrusion et de coercition inhérente à cet acte. En outre, il faut se garder de croire que le magistrat instructeur, saisi dans ce cadre juridique, conserve la totalité de ses pouvoirs coercitifs en raison du renvoi général

⁴⁴⁴³ Ces actes sont également prévus pour l'enquête de disparition suspecte (art. 74-1 du C.P.P.).

⁴⁴⁴⁴ Au-delà de ce délai, qui court à compter des instructions du parquet, les investigations peuvent se poursuivre dans les formes de l'enquête préliminaire selon les articles 74, al. 4 *in fine* et 74-1, al. 1 *in fine* du C.P.P. Les actes accomplis vont perdre une part de leur caractère coercitif. L'enquête préliminaire permet néanmoins la garde à vue d'un suspect.

⁴⁴⁴⁵ Lors de la réforme intervenue en mai 2009, la garde à vue se trouve régie par les articles 63 et s. du C.P.P.

⁴⁴⁴⁶ Sur ce point, C. GIRAULT, obs. sur Cass. crim., 13 oct. 2009, A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 502.

⁴⁴⁴⁷ Art. 62-2 du C.P.P. : « La garde à vue est une mesure de contrainte décidée par un officier de police judiciaire, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, par laquelle **une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement** est maintenue à la disposition des enquêteurs ». La jurisprudence avait pourtant admis une mesure de garde à vue lors d'une information aux fins de recherche des causes de la mort, ce qui demeurerait fort contestable (Cass. crim., 24 fév. 1987, préc.). Il n'y a pas de suspect normalement dans une enquête visant à découvrir les causes de la mort.

⁴⁴⁴⁸ C. GUERY, La mort suspecte n'est plus ce qu'elle était !, *op. cit.*, n°20.

⁴⁴⁴⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁵⁰ Art. 80-4, al. 1 *in fine* du C.P.P.

opéré par l'article 80-4 du C.P.P. aux dispositions du chapitre I^{er} du titre III du livre I^{er} de ce Code. Plusieurs actes coercitifs ne sauraient être décidés durant ces informations spécifiques : les mandats⁴⁴⁵¹, le contrôle judiciaire, l'assignation à résidence ou la détention provisoire⁴⁴⁵². Les mesures réalisables doivent correspondre à la spécificité de la procédure⁴⁴⁵³.

898. Dans les autres types d'enquêtes, une infraction apparaît caractérisée cette fois. C'est le cas de la procédure de recherche d'une personne en fuite, régie par l'article 74-2 du C.P.P., créé par la loi du 9 mars 2004⁴⁴⁵⁴. Les O.P.J. ne peuvent la mettre en œuvre *proprio motu*, ils doivent obtenir les instructions du procureur de la République en ce sens. Ce cadre juridique leur confère des pouvoirs d'enquête autonomes. Il leur est de nouveau permis de procéder aux actes prévus par les articles 56 à 62 du C.P.P. aux fins de rechercher et de découvrir une personne en fuite⁴⁴⁵⁵. Celle-ci doit faire l'objet d'un mandat d'arrêt alors qu'elle est renvoyée en jugement⁴⁴⁵⁶, ou de cet acte coercitif délivré par une juridiction de jugement ou par le juge d'application des peines. Il peut aussi s'agir d'un individu condamné à une peine privative de liberté sans sursis supérieure ou égale à un an par décision exécutoire ou passée en force de chose jugée⁴⁴⁵⁷, ou bien de celui faisant l'objet d'une demande d'extradition ou d'arrestation provisoire aux fins d'extradition⁴⁴⁵⁸.

899. Parmi les actes susceptibles d'être exécutés par les O.P.J., assistés le cas échéant des A.P.J., certains détiennent une nature coercitive. Il suffit de songer aux visites domiciliaires, perquisitions et saisies, ou à la comparution forcée des personnes et à leur rétention durant le temps strictement nécessaire à leur audition. Des écoutes téléphoniques peuvent de surcroît être ordonnées si les nécessités de l'enquête l'exigent⁴⁴⁵⁹. Conformément au droit commun, la mesure relève de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire, précisément d'un magistrat du siège. A la requête du

⁴⁴⁵¹ Il ressort de l'article 122 du C.P.P. que la délivrance d'un mandat suppose que son destinataire soit soupçonné, à des degrés variables, d'avoir participé à l'infraction.

⁴⁴⁵² Ces actes supposent la mise en examen préalable d'une personne, partant une suspicion à son égard.

⁴⁴⁵³ En ce sens, C. GUERY, *op. cit.*, n°22. Mais le juge d'instruction pourrait contraindre un témoin défaillant ou récalcitrant à comparaître devant lui en recourant à la force publique si nécessaire (art. 109 et 110 du C.P.P.).

⁴⁴⁵⁴ Cette procédure a été créée pour répondre au « vide juridique ne permettant pas de rechercher de manière active une personne en dehors du cadre de l'enquête de police judiciaire ou de celui de l'instruction » (Circ. CRIM 2004-04 E8 du 14 mai 2004, portant présentation des dispositions de procédure pénale immédiatement applicables de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité). Si l'instauration de cette nouvelle procédure n'est pas critiquable en soi en ce qu'elle répond à un besoin juridique certain, en revanche le choix opéré par le législateur de la placer dans le chapitre consacré aux enquêtes et aux contrôles et vérifications d'identité reste étrange et « relève d'un certain mystère » : F. DEFFERRARD, Recherche des personnes en fuite, Jcl. proc. pén., art. 74-2, fasc. 20, spéc. n°2.

⁴⁴⁵⁵ La doctrine s'est essayée à définir cette notion. Une personne est en état de fuite « lorsqu'elle manifeste l'intention de se soustraire à l'autorité judiciaire qui lui a officiellement fait savoir qu'elle avait décidé de l'entendre ou de la juger, en vue d'échapper aux conséquences de son éventuelle responsabilité pénale ou civile » : F. DEFFERRARD, Recherche des personnes en fuite, *op. cit.*, n°35.

⁴⁴⁵⁶ Aux termes de l'article 74-2, 1° du C.P.P., ce mandat est délivré par le juge d'instruction, le juge des libertés et de la détention, la chambre de l'instruction ou son président ou le président de la cour d'assises.

⁴⁴⁵⁷ Art. 74-2, 3° du C.P.P.

⁴⁴⁵⁸ Art. 696-9-1 du C.P.P., créé par la loi n°2009-526 du 12 mai 2009.

⁴⁴⁵⁹ V. Cass. crim., 21 sept. 2011, Dr. pénal, 2011, comm. n°160, note A. MARON et M. HAAS, validant la révélation incidente d'infractions (naissance de procédures incidentes).

procureur de la République, le juge des libertés et de la détention⁴⁴⁶⁰ peut autoriser les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications pour une durée maximale de deux mois renouvelable, dans la limite de six mois en matière correctionnelle. A l'image de l'information aux fins de recherche des causes de la mort ou de la disparition, le législateur a tenu à en limiter la durée, la divisant de moitié par rapport au droit commun⁴⁴⁶¹. Il a aussi souhaité que l'acte coercitif reste sous le contrôle de ce juge, lequel doit être informé sans délai des actes accomplis.

900. Bien que l'article 74-2 du C.P.P. mentionne les mesures dont disposent les enquêteurs dans le cadre de cette procédure, il semble possible d'ajouter d'autres actes coercitifs⁴⁴⁶². Ils peuvent sans doute pratiquer un contrôle, un relevé et une vérification d'identité en dépit de l'absence de renvoi aux articles 78-1 à 78-5 du C.P.P. En pratique, ces actes apparaissent indispensables pour remplir leur mission. En effet, « il faudrait manquer singulièrement de clairvoyance pour se persuader que des officiers et des agents de police judiciaire pourraient rechercher et découvrir un fugitif sans pouvoir jamais par ailleurs effectuer un contrôle ou une vérification d'identité »⁴⁴⁶³. Toutefois, la coercition à même d'être utilisée connaît des limites. En premier lieu, l'agent chargé de l'exécution du mandat d'arrêt n'est pas autorisé à s'introduire dans un domicile entre 21 heures et 6 heures du matin en application de l'article 134, alinéa 1, du C.P.P. Il peut néanmoins se faire accompagner d'une force suffisante pour que la personne ne puisse se soustraire à la loi⁴⁴⁶⁴. En deuxième lieu, si les enquêteurs agissent selon les formes de la flagrance, il leur est interdit de placer des personnes en garde à vue⁴⁴⁶⁵. En dernier lieu, les actes coercitifs exécutés doivent uniquement avoir pour but l'arrestation du fugitif. Ils ne sauraient servir à mener des investigations sur des faits étrangers à l'objet de la procédure. Ainsi le principe de spécialité de l'enquête s'applique-t-il⁴⁴⁶⁶.

901. Pour conclure, les procédures de mort, blessures graves et disparition suspectes présentent une différence fondamentale avec celle de recherche d'une personne en fuite. Si l'infraction demeure avérée dans cette dernière procédure⁴⁴⁶⁷, elle est juste supputée dans les autres. Toutes se rejoignent pourtant dans la mesure où elles confèrent des pouvoirs coercitifs aux autorités répressives. Mais à la différence du droit commun (enquête de flagrance, préliminaire ou information), la liste des actes

⁴⁴⁶⁰ Dans l'hypothèse prévue à l'article 696-9-1 du C.P.P., c'est le procureur général qui doit adresser la requête au président de la chambre de l'instruction, ou au conseiller désigné par lui, afin qu'il autorise les écoutes.

⁴⁴⁶¹ Comp., en effet, avec l'article 100-2 du C.P.P. L'interception, l'enregistrement et la transcription des correspondances doivent être réalisés selon les modalités prévues par les articles 100, 100-1 et 100-3 à 100-7 du C.P.P.

⁴⁴⁶² V. not., F. DEFFERRARD, Recherche des personnes en fuite, *op. cit.*, n°54.

⁴⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁴⁶⁴ Art. 134, al. 2 du C.P.P.

⁴⁴⁶⁵ L'O.P.J. semble pouvoir limiter ou interdire les déplacements pendant le temps de ses investigations, mais l'article 61 du C.P.P. apparaît inadapté à la procédure de l'article 74-2, vu qu'il n'y a pas « infraction » dans ce cas, mais recherche d'un fugitif. A ce sujet, F. DEFFERRARD, Recherche des personnes en fuite, *op. cit.*, n°49.

⁴⁴⁶⁶ Il s'agirait d'un détournement de procédure sinon. Il faut réserver l'hypothèse dans laquelle les recherches feraient apparaître des infractions flagrantes. Sur la question, F. DEFFERRARD, *op. cit.*, n°50.

⁴⁴⁶⁷ L'individu recherché a pu être condamné à une peine privative de liberté sans sursis.

coercitifs susceptibles d'être accomplis se révèle beaucoup plus restreinte. Les enquêteurs et les magistrats ne peuvent pas recourir à certains d'entre eux, en particulier les plus coercitifs. C'est le cas de la garde à vue, de la sonorisation, des mandats de justice, du contrôle judiciaire, de l'assignation à résidence avec surveillance électronique et de la détention provisoire. Du cadre procédural retenu dépend la possibilité ou non d'effectuer ces mesures. L'exécution de l'acte coercitif varie donc selon un premier critère : la commission simplement supputée de l'infraction ou, à l'opposé, d'ores et déjà avérée. Il existe d'autres causes de variation *materiae* de cet acte.

2°- En fonction de la nature de l'infraction

902. L'article 111-1 du Code pénal évoque la classification tripartite des infractions. Aux termes de ce texte, celles-ci sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions. Or il ne peut être procédé à certains actes coercitifs pour les infractions les moins graves. A titre d'exemple, l'article 62-2 du C.P.P., qui définit la garde à vue, précise qu'elle peut être décidée pour « une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement »⁴⁴⁶⁸. La mesure s'avère *a contrario* exclue pour les délits punis d'une seule peine d'amende et pour les contraventions. Au cours de l'information, le contrôle judiciaire peut être prescrit uniquement si le mis en examen encourt une peine d'emprisonnement correctionnel ou une peine plus grave⁴⁴⁶⁹. Il faut que celui-ci encoure une peine d'emprisonnement correctionnel d'au moins deux ans ou une peine plus grave pour que l'assignation à résidence avec surveillance électronique soit décidée⁴⁴⁷⁰. Quant à la détention provisoire, elle ne saurait être ordonnée ou prolongée que si la personne mise en examen encourt une peine criminelle ou une peine correctionnelle d'une durée égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement⁴⁴⁷¹. Afin de respecter une certaine proportionnalité, le législateur a dès lors choisi, avec raison, d'écarter l'exécution d'actes très coercitifs pour des infractions plutôt minimes.

903. De même, l'article 52 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse dispose, dans sa rédaction antérieure à la loi n°2012-1432 du 21 décembre 2012⁴⁴⁷², que « si la personne mise en examen est domiciliée en France, elle ne pourra être préventivement arrêtée », sauf dans les cas prévus

⁴⁴⁶⁸ S'agissant des mineurs : art. 4 de l'ordonnance du 2 fév. 1945. Pour le mineur de dix à treize ans, qui ne peut pas être placé en garde à vue, une retenue exceptionnelle de douze heures, qui peut être prolongée d'une durée de douze heures, est envisagée au texte en cas d'indices graves ou concordants laissant présumer qu'il a commis ou tenté de commettre « un crime ou un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement ».

⁴⁴⁶⁹ Art. 138 du C.P.P. ; Art. 10-2, I et III de l'ordonnance du 2 fév. 1945, pour les mineurs.

⁴⁴⁷⁰ Art. 142-5 du C.P.P. ; Art. 10-3 de l'ordonnance du 2 fév. 1945, pour les mineurs.

⁴⁴⁷¹ Art. 143-1 du C.P.P. ; Art. 11 de l'ordonnance du 2 fév. 1945, pour les mineurs avec les distinctions établies par le texte en fonction de l'âge du mineur et de la matière criminelle ou correctionnelle. Si les faits, objet de la poursuite, ont changé de qualification au cours de l'information, la détention provisoire se trouve fondée sur le mandat de dépôt initial, mais soumise aux règles régissant désormais sa durée maximale et ses prolongations, telles que modifiées par le changement de qualification : Cass. crim., 7 juin 2006, Procédures, 2006, comm. n°217, note J. BUISSON.

⁴⁴⁷² Loi n°2012-1432 du 21 déc. 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, J.O. du 22 déc. 2012, p. 20281 ; Procédures, 2013, comm. n°51, obs. J. BUISSON ; Rev. sc. crim., 2013, p. 417, obs. N. CATELAN.

au texte⁴⁴⁷³. Modifié par cette loi de 2012, il énonce désormais : « si la personne mise en examen est domiciliée en France, elle ne pourra être placée en détention provisoire que dans les cas prévus à l'article 23 et aux deuxième à quatrième et sixième alinéas de l'article 24 ». Ces dispositions érigent donc l'interdiction de l'arrestation et du placement en détention provisoire pour un délit de presse⁴⁴⁷⁴, sauf en matière d'apologie ou provocation au terrorisme telles qu'incriminées par la loi du 29 juillet 1881. Elles ne s'opposent pas au placement en garde à vue d'un suspect lorsqu'il est autorisé par les dispositions générales régissant la garde à vue⁴⁴⁷⁵. Conformément au droit commun, l'acte coercitif doit être l'unique moyen de parvenir à l'un des six objectifs mentionnés à l'article 62-2 du C.P.P. Un contrôle de sa proportionnalité s'avère encore plus nécessaire en matière de presse, à l'image de celui exigé pour le mandat d'amener⁴⁴⁷⁶.

904. La lettre de l'article 52 de la loi de 1881 ne s'oppose pas non plus à ce que le juge d'instruction délivre un mandat d'amener à l'encontre d'un individu qui ne défère pas à un mandat de comparution⁴⁴⁷⁷. Une chambre de l'instruction a exigé, à juste titre, que l'acte reste proportionné à la gravité de l'infraction de presse reprochée⁴⁴⁷⁸. En revanche, prohibant la détention provisoire d'un mis en examen ou d'un prévenu en matière d'injures ou diffamation publiques, l'article 52 précité ne permet pas davantage de lui imposer une mesure de contrôle judiciaire, car son inobservation serait dépourvue de toute sanction⁴⁴⁷⁹. Un dernier exemple peut illustrer l'idée selon laquelle l'exécution de l'acte coercitif dépend de la nature de l'infraction. Il s'agit du contrôle d'identité associé à la fouille des véhicules accomplis sur réquisitions écrites du parquet en vertu de l'article 78-2-2 du C.P.P. La loi du 14 mars 2011⁴⁴⁸⁰ ajoute les infractions en matière de prolifération d'armes de destruction massive et de leurs vecteurs à la liste de celles permettant de diligenter ces actes coercitifs. Ceux-ci varient encore selon d'autres critères de l'infraction.

⁴⁴⁷³ Il s'agit, par exemple, du complice par provocation si celle-ci a été suivie d'effet et a incité l'auteur à commettre un crime ou un délit.

⁴⁴⁷⁴ Les infractions de presse sont, en règle générale, définies et réprimées par la loi de 1881 et suivent un régime dérogatoire au droit commun (celui de cette loi), alors que les infractions commises par voie de presse (écrite ou audiovisuelle) restent soumises au droit commun. Mais le législateur applique parfois certaines règles de la loi de 1881 à des infractions commises par voie de presse, comme le principe de la responsabilité « en cascade » (art. 42 et 43, loi du 29 juill. 1881 ; art. 93-3, loi du 29 juill. 1982 sur la communication audiovisuelle). Pour des éléments de cette distinction, S. DETRAZ, La chose publique protégée contre les médias, in *Traité de droit de la presse et des médias*, Litec, 2009, B. BEIGNIER, B. DE LAMY et E. DREYER (dir.), n°1391, p. 814 et 815, et la note n°9 sur l'ancienne contrainte par corps.

⁴⁴⁷⁵ Cass. crim., 14 fév. 2012, Bull. crim., n°44 ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2012, chron. préc., spéc. n°4 : « Attendu qu'en prononçant ainsi, la cour d'appel a fait l'exacte application de l'article 52 susvisé, dès lors que l'arrestation préventive de l'inculpé (*sic*), au sens de ce texte, s'entend de la détention provisoire, autorisée pour les seuls délits prévus par la loi sur la liberté de la presse qu'il énumère, et non de la garde à vue (...) ».

⁴⁴⁷⁶ V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2012, chron. préc., n°4.

⁴⁴⁷⁷ Cass. crim., 24 janv. 1891, D.P., 1891, I, p. 187, concl. BAUDOIN : « Attendu que la défense faite par l'article 49 de la loi précitée (1881) de mettre le prévenu en état d'arrestation préventive ne s'oppose point à ce qu'il soit décerné contre lui un mandat d'amener, lorsqu'il a refusé de se rendre à un mandat de comparution ».

⁴⁴⁷⁸ CA Paris, ch. instr., 15 mai 2009, Legipresse, 2009, p. 89.

⁴⁴⁷⁹ Cass. crim., 16 juill. 1986, Bull. crim., n°235. La Cour de cassation a en outre jugé que l'ancienne contrainte par corps ne pouvait être ordonnée pour les infractions à la loi sur la presse : V. Cass. crim., 19 juin 2001, Procédures, 2001, comm. n°222, note J. BUISSON.

⁴⁴⁸⁰ Loi n°2011-266 du 14 mars 2011 relative à la lutte contre la prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs, J.O. du 15 mars 2011, p. 4577 ; Procédures, 2011, comm. n°209, obs. J. BUISSON.

3° - En fonction du moment et des modalités de commission de l'infraction

905. Il est d'abord frappant que le moment auquel les faits répréhensibles ont été perpétrés s'avère déterminant pour l'acte coercitif. Mieux, ce qui est essentiel, c'est le laps de temps qui sépare leur accomplissement de l'instant où les autorités répressives en sont informées. Si ce délai demeure très court, *a fortiori* si les faits sont en train d'être commis, les O.P.J. peuvent agir dans le cadre de l'enquête sur infraction flagrante, qui offre des pouvoirs coercitifs très étendus⁴⁴⁸¹. Cette enquête est justifiée par l'urgence et la nécessité d'éviter la disparition des preuves. Au contraire, si les faits dont ils acquièrent connaissance remontent à plusieurs jours, voire plusieurs mois, ils ne peuvent mener qu'une enquête préliminaire. Si celle-ci les investit désormais de prérogatives coercitives bien plus importantes que par le passé, elle ne leur confère pas les mêmes moyens d'action qu'en cas de flagrance. Elle exige d'obtenir, en principe, l'assentiment des personnes pour l'exécution des actes envisagés⁴⁴⁸².

906. Enoncés à l'article 53 du C.P.P., les cas de flagrance sont « le crime ou le délit qui se commet actuellement, ou qui vient de se commettre. Il y a aussi crime ou délit flagrant lorsque, dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique, ou est trouvée en possession d'objets, ou présente des traces ou indices, laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit ». La flagrance, qui repose sur l'évidence⁴⁴⁸³, du moins sur une véritable apparence⁴⁴⁸⁴, doit être effectivement constituée pour permettre aux O.P.J. l'emploi de la coercition. Leurs actes consistent surtout en des interpellations, fouilles corporelles, perquisitions et saisies, gardes à vue et comparutions forcées de personnes susceptibles de fournir des renseignements. Pour être caractérisée, la flagrance suppose un délai assez court entre la commission de l'infraction et sa dénonciation aux

⁴⁴⁸¹ Ces pouvoirs sont octroyés car les risques d'erreurs sont limités, l'infraction existant de façon évidente.

⁴⁴⁸² Compte tenu de l'alignement progressif de l'enquête préliminaire sur celle de flagrance, du renforcement constant de sa coercition, en particulier si elle porte sur des faits relevant de la criminalité organisée, certains auteurs pensent qu'il ne reste plus qu'au législateur à supprimer cette enquête préliminaire et à instituer une seule enquête policière autonome qui, ayant les caractères de l'enquête de flagrance, serait soumise au contrôle effectif d'un magistrat du siège, tel le juge des libertés et de la détention. V. not., H. MATSOPOULOU, Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 411 et s., spéc. p. 419. Rapp., J.-L. LENNON, Les aspects coercitifs et intrusifs de l'enquête préliminaire (...), *op. cit.*, not. n°13 et s. et n°21 et s.

⁴⁴⁸³ Le terme flagrance vient du latin « *flagrare* » qui signifie « brûler ». L'infraction flagrante est donc celle qui brûle les sens, comme en atteste l'article 53 du C.P.P.

⁴⁴⁸⁴ Il y a place pour l'apparence vraisemblable en la matière. Mais l'apparence ne correspond pas toujours à la réalité. Un indice a pu être trompeur, le comportement perçu à l'origine comme délictueux ne l'est pas en réalité ou ne constitue qu'une simple contravention (non prévue par l'article 53 du C.P.P.). Ainsi, « l'état de flagrance doit s'apprécier au moment de l'intervention de l'agent de police judiciaire dans le cadre d'une procédure visant un délit passible d'emprisonnement ». Il n'importe « que, par la suite, les faits aient reçu une qualification contraventionnelle » : Cass. crim., 3 sept. 2002, Dr. pénal, 2003, comm. n°14, note A. MARON et C. BARBEROT. V. déjà, J. et A.-M. LARGUIER, Le rejet de l'analyse rétroactive en matière pénale, Rev. sc. crim., 1972, p. 759 et s., not. n°42, p. 789 et n°58, p. 799.

autorités répressives. Un délai de vingt-huit heures a été admis⁴⁴⁸⁵, mais non celui de trois ou six jours après les faits⁴⁴⁸⁶. Cette dernière situation impose à suivre les formes de l'enquête préliminaire.

907. La constatation d'un cas de flagrance⁴⁴⁸⁷ doit toujours être préalable à l'ouverture de ce type d'enquête et à l'exécution des actes coercitifs qu'elle autorise. Afin de procéder à cette constatation, les enquêteurs doivent relever au moins un indice apparent d'un comportement délictueux révélant l'existence d'une infraction au sens de l'article 53 du C.P.P. En l'absence d'un tel indice, l'acte coercitif ne saurait être accompli. Celui-ci ne peut jamais être opéré dans le but de découvrir cet indice et caractériser le flagrant délit⁴⁴⁸⁸. Instaurée pour préserver les libertés individuelles, cette règle évite l'utilisation arbitraire et abusive de la coercition⁴⁴⁸⁹. Il faut de surcroît que cette constatation soit objective. L'indice permettant généralement d'extérioriser l'infraction flagrante est un « indice-attitude » dont la signification dépend des circonstances de fait⁴⁴⁹⁰. Il peut être perçu par les cinq sens, la vue et l'ouïe avant tout⁴⁴⁹¹, mais aussi par l'odorat⁴⁴⁹², le goût⁴⁴⁹³ ou le toucher⁴⁴⁹⁴. Les dénonciations (et renseignements) anonymes ne peuvent le constituer⁴⁴⁹⁵. Celles qui émanent de la

⁴⁴⁸⁵ Cass. crim., 26 fév. 1991, Bull. crim., n°96. La flagrance a même été validée pour une plainte déposée deux jours après les faits, la victime ayant hésité à déposer plainte par peur des menaces de représailles : Cass. crim., 8 avril 1998, Inédit, n°97-80610.

⁴⁴⁸⁶ Cass. crim., 25 janv. 1990, Gaz. pal., 1990, II, somm., p. 372 (trois jours) ; Cass. crim., 11 fév. 1998, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°197, note J. BUISSON (six jours).

⁴⁴⁸⁷ Qui n'impose pas de rédiger un procès-verbal spécial en l'absence de toute prescription légale formulant cette exigence. Il suffit que soient caractérisés dans la procédure les éléments permettant aux juges répressifs de s'assurer de la réalité de la flagrance et de la légalité de l'emploi consécutif de la coercition : V. Cass. crim., 11 mai 1999, Dr. pénal, 2000, comm. n°26, note A. MARON ; Cass. crim., 17 nov. 1999, Procédures, 2000, comm. n°107, note J. BUISSON.

⁴⁴⁸⁸ Cass. crim., 30 mai 1980, Bull. crim., n°165 ; Cass. crim., 21 juill. 1982, Bull. crim., n°196. Sur la question, J. et A.-M. LARGUIER, *op. cit.*, n°53, p. 797.

⁴⁴⁸⁹ V. aussi, M.-C. NAGOUAS-GUERIN, Le doute en matière pénale, *op. cit.*, n°131, p. 84, notant, à propos de l'apparition des infractions clandestines, que « l'indice apparent exigé par la jurisprudence constitue une garantie décisive pour éviter que des opérations coercitives soient menées arbitrairement, sans toutefois que ce risque ne paralyse l'efficacité répressive qui serait réduite à néant si une visibilité totale était exigée ».

⁴⁴⁹⁰ J. BUISSON, note sous Cass. crim., 9 janv. 2002, Procédures, 2002, comm. n°105, prenant pour exemple l'individu qui pose une échelle contre un balcon à minuit. Celui-ci provoquera l'intervention du policier, alors que la même action à midi laissera ce dernier indifférent.

⁴⁴⁹¹ Cass. crim., 12 mai 1992, Bull. crim., n°187 (découverte par deux A.P.J. de blocs de haschich dans un sac en plastique) ; CA Paris, 14 juin 1996, Dr. pénal, 1998, comm. n°141, note A. MARON.

⁴⁴⁹² Cass. crim., 4 nov. 1999, Procédures, 2000, comm. n°76, note J. BUISSON (forte odeur de cannabis qui se dégage de l'intérieur d'un véhicule lors de son ouverture).

⁴⁴⁹³ C'est le cas lorsque l'enquêteur « goûte » le produit trouvé pour vérifier qu'il s'agit bien de stupéfiants.

⁴⁴⁹⁴ Ainsi une simple palpation de sécurité peut conduire à découvrir un flagrant délit de port d'arme prohibé.

⁴⁴⁹⁵ La solution est constante : Cass. crim., 30 mai 1980, préc. ; Cass. crim., 21 juill. 1982, préc. ; Cass. crim., 2 fév. 1988, Bull. crim., n°52 ; Cass. crim., 14 déc. 1999, Bull. crim., n°304, même si, en l'espèce, la chambre criminelle utilise le critère du grief indirect pour casser l'arrêt d'appel ; Cass. crim., 11 juill. 2007, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 486, obs. C. SAAS ; R.P.D.P., 2008, p. 108, obs. C. AMBROISE-CASTEROT. Les policiers ont reçu un appel téléphonique anonyme, se sont transportés sur les lieux et ont procédé à la fouille d'un véhicule en présence de deux témoins. Ils ont saisi plusieurs kilos d'héroïne. La chambre de l'instruction valide la procédure de flagrance, mais son arrêt est logiquement censuré par la Cour de cassation en raison de l'absence d'indice extérieur apparent d'un comportement délictueux.

victime⁴⁴⁹⁶, d'un coauteur⁴⁴⁹⁷ ou d'un tiers s'analysent bien comme un indice apparent d'un comportement délictueux dès lors qu'elles ne sont pas faites de façon anonyme⁴⁴⁹⁸.

908. Le renseignement anonyme conserve néanmoins une utilité. Il permet aux policiers d'ouvrir une enquête préliminaire⁴⁴⁹⁹. A défaut de tout indice apparent, cette enquête ne repose que sur des soupçons⁴⁵⁰⁰. Voilà pourquoi le consentement des personnes suspectes est en général exigé dans ce cadre juridique, même si ce principe connaît de nombreux tempéraments. Agissant en enquête préliminaire, les O.P.J. peuvent de toute façon procéder selon les règles prévues pour l'enquête sur infraction flagrante, dès l'instant où ils relèvent des indices apparents d'une activité délictueuse révélant que l'infraction se commet actuellement ou vient de se commettre et qu'elle répond ainsi à la définition de l'article 53 du C.P.P.⁴⁵⁰¹. Ce changement de cadre d'enquête, en cours d'investigation, reste fréquent. Les O.P.J. cherchent souvent à découvrir un indice de ce genre, en particulier pour les infractions occultes, tel le trafic de stupéfiants⁴⁵⁰². Il arrive aussi que l'indice extérieur soit relevé lors d'une opération de police administrative, laquelle aboutit alors à engager une enquête de flagrance⁴⁵⁰³.

909. Menée sous le contrôle du procureur de la République, celle-ci peut se poursuivre sans discontinuer pendant une durée de huit jours⁴⁵⁰⁴ et, sous certaines conditions, être prolongée de huit jours supplémentaires par ce magistrat⁴⁵⁰⁵. C'est dire qu'en cas de prolongation, les autorités policières peuvent effectuer des actes coercitifs sans discontinuité sur une période de seize jours⁴⁵⁰⁶. Au-delà de

⁴⁴⁹⁶ Cass. crim., 11 mai 1999, préc.

⁴⁴⁹⁷ Cass. crim., 23 mars 1992, Bull. crim., n°123.

⁴⁴⁹⁸ Cass. crim., 25 juin 2014, n°14-81647, E.C.P.B., préc. Parfois, il s'agit de l'auteur lui-même qui avoue les faits aux enquêteurs : V. Cass. crim., 18 janv. 2011, Bull. crim., n°8. Il existe alors un indice apparent d'un comportement délictueux justifiant l'ouverture d'une enquête sur infraction flagrante et permettant le recours à la coercition.

⁴⁴⁹⁹ Le procès-verbal rapportant des informations fournies par une personne désirant garder l'anonymat constitue non pas un procès-verbal d'audition de témoin entrant dans les prévisions des articles 706-57 et suivants du C.P.P., mais un procès-verbal de renseignement destiné à guider d'éventuelles investigations sans pouvoir être retenu lui-même comme moyen de preuve : Cass. crim., 9 nov. 2011, Bull. crim., n°230 ; Dr. pénal, 2012, comm. n°13, obs. A. MARON et M. HAAS ; R.P.D.P., 2011, p. 885, obs. E. VERGES. Ce commentateur fait justement remarquer que lorsqu'elle est corroborée par des indices précis, la dénonciation anonyme « ouvre la voie à des actes d'enquête, parfois coercitifs » (p. 886).

⁴⁵⁰⁰ V. C. AMBROISE-CASTEROT, obs. sur Cass. crim., 11 juill. 2007, R.P.D.P., 2008, p. 108, spéc. p. 109, notant que « les policiers supposent, suspectent, se doutent... mais aucun élément objectif extérieur vient corroborer leur conviction personnelle ».

⁴⁵⁰¹ Cass. crim., 17 nov. 1998, Dr. pénal, 1999, comm. n°105, note A. MARON ; Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°198, note J. BUISSON ; Cass. crim., 11 mai 1999, préc. Sur cette possibilité de changer de cadre juridique de l'enquête : H. MATSOPOULOU, Les enquêtes de police, *op. cit.*, n°159, p. 134, dénonçant « un risque très sérieux de détournement de procédure, les policiers pouvant se satisfaire de maigres indices pour se croire autorisés à accomplir des perquisitions d'office ».

⁴⁵⁰² V. Cass. crim., 28 juin 2000, Procédures, 2000, comm. n°237, note J. BUISSON ; Cass. crim., 9 janv. 2002, Bull. crim., n°2 ; Procédures, 2002, comm. n°105, note J. BUISSON ; Cass. crim., 5 oct. 2011, Bull. crim., n°195, préc. ; Cass. crim., 18 déc. 2012, Bull. crim., n°281, préc.

⁴⁵⁰³ Cass. crim., 5 janv. 2005, Dr. pénal, 2005, comm. n°48, note A. MARON ; Procédures, 2005, comm. n°111, note J. BUISSON (découverte par les policiers d'un pistolet automatique et de munitions dans une pochette appartenant à un motard blessé dans un accident de la circulation, lors du rassemblement de ses effets personnels afin de prévenir ses proches).

⁴⁵⁰⁴ Art. 53, al. 2 du C.P.P.

⁴⁵⁰⁵ Art. 53, al. 3 du C.P.P., pour « des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité pour un crime ou un délit puni d'une peine supérieure ou égale à cinq ans d'emprisonnement qui ne peuvent être différées ».

⁴⁵⁰⁶ Ce qui est relativement long. Les pouvoirs exorbitants octroyés à la police judiciaire en flagrance n'étant justifiés que par l'urgence, ils perdent leur raison d'être, passé un délai assez bref. Avant l'intervention de la loi du 23 juin 1999 qui a fixé la

ce délai, elles doivent poursuivre leurs investigations selon le mode préliminaire ou se faire délivrer une commission rogatoire du juge d'instruction si une information est ouverte. Dans un but de protection des libertés individuelles, les pouvoirs des O.P.J. agissant dans le cadre d'une enquête sur infraction flagrante sont donc limités dans le temps. En revanche, ils n'apparaissent pas limités *in personam*, comme l'a laissée entendre la Cour de cassation⁴⁵⁰⁷. Ceux-ci peuvent interpellier, fouiller, placer en garde à vue tous les suspects, perquisitionner et saisir des documents ou données informatiques chez tous ceux qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés⁴⁵⁰⁸. Le répertoire des actes coercitifs susceptibles d'être accomplis s'avère tout de même plus étoffé qu'au cours d'une enquête préliminaire⁴⁵⁰⁹. Le temps écoulé entre le moment où les faits sont commis et la saisine des enquêteurs possède une incidence décisive sur l'exécution de ces actes.

910. Un autre facteur se révèle déterminant à cet égard. Il s'agit des modalités de commission de l'infraction. Les actes coercitifs laissés à la disposition des autorités publiques varient suivant celles-ci. La plupart du temps, l'infraction pénale est réalisée par une seule personne. Cet auteur peut, le cas échéant, avoir un ou deux complices. Mais, parfois, elle est commise en bande organisée⁴⁵¹⁰, notamment lorsque les auteurs appartiennent à un réseau criminel ou autre groupement de type mafieux par exemple⁴⁵¹¹. L'enquête relative à l'un des crimes ou délits relevant de la criminalité

limite de huit jours à l'enquête de flagrance (art. 53, al. 2 ancien du C.P.P., réécrit par la loi du 9 mars 2004), la jurisprudence considérait que cette procédure ne pouvait durer que quelques jours : Cass. crim., 5 oct. 1976, Bull. crim., n°278 ; Cass. crim., 11 fév. 1992, Bull. crim., n°64, validant une durée de quatre jours. Mais il n'existait pas de limite temporelle précise, ce qui pouvait engendrer des excès, notamment si l'enquête était menée sans aucune discontinuité. Pour un exposé complet de cette jurisprudence et sa critique : H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, n°166 et s., p. 139 et s., spéc. n°171, p. 142 et 143.

⁴⁵⁰⁷ V. Cass. crim., 12 mai 2009, Bull. crim., n°90 ; D., 2009, p. 1763, obs. C. GIRAULT ; D., 2009, pan., p. 2241, obs. J. PRADEL ; A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 366, obs. C. GIRAULT ; D., 2009, p. 2900, note H. MATSOPOULOU ; Dr. pénal, 2009, comm. n°116, note A. MARON et M. HAAS.

⁴⁵⁰⁸ Art. 56 du C.P.P. Ce texte apparaît critiquable en ce qu'il retient une conception très large du lieu où peuvent se dérouler les perquisitions et saisies.

⁴⁵⁰⁹ Pour s'en convaincre encore : art. 61 du C.P.P. (interdiction de s'éloigner du lieu de l'infraction jusqu'à la clôture des opérations) et art. 61, al. 3 du C.P.P. (contrainte à comparaître sans autorisation préalable du parquet, contrairement à ce qui est prévu en enquête préliminaire. Comp., art. 78 du C.P.P.).

⁴⁵¹⁰ Ce qui constitue une circonstance aggravante, définie à l'article 132-71 du Code pénal. Selon ce texte, « constitue une bande organisée au sens de la loi tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions ». La similitude entre cette définition et celle de l'association de malfaiteurs (art. 450-1 du C.P.) a été soulignée. Ainsi « la bande organisée est envisagée "comme la circonstance aggravante de l'infraction que l'association de malfaiteurs avait en vue de commettre" et qu' "une infraction commise en bande organisée n'est pas autre chose qu'un crime ou un délit commis par des participants à une association de malfaiteurs" » : P. LEMOINE, Le délit d'association de malfaiteurs et la circonstance de bande organisée, R.P.D.P., 2007, p. 277 et s., spéc. p. 278.

⁴⁵¹¹ Sur la notion plus criminologique que juridique de criminalité organisée, V. par ex., M. CUSSON, La notion de crime organisé, *in* Criminalité organisée et ordre dans la société, P.U.A.M., 1997, p. 29 et s., définissant le crime organisé comme « une association structurée et hiérarchisée de malfaiteurs professionnels obéissant à des règles contraignantes et planifiant méthodiquement les entreprises illicites qu'ils monopolisent grâce à l'utilisation systématique de la violence » ; R. OTTENHOF, Le crime organisé : de la notion criminologique à la notion juridique, *in* Criminalité organisée et ordre dans la société, P.U.A.M., 1997, p. 45 et s. ; Y. MAYAUD, Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé, R.I.D.P., 1997, p. 793 et s. ; M. CHIAVARIO, La grande criminalité et les exigences du respect des droits de l'homme dans les démocraties européennes, R.P.D.P., 1997, p. 249 et s. ; J. CEDRAS, Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé, R.I.D.P., 1998, p. 341 et s., précisant que le crime organisé est « une notion juridique imprécise » ; C. GIRAULT, Le droit pénal à l'épreuve de l'organisation criminelle, *Rev. sc. crim.*, 1998, p. 715 et s. ; M. MASSE, Notes brèves sur la rencontre de deux

organisée offre aux autorités des moyens coercitifs plus intenses par rapport à ceux dont ils disposent au cours d'une enquête de droit commun⁴⁵¹². Depuis la loi du 9 mars 2004, les infractions pour lesquelles ces procédures spéciales peuvent être diligentées, sont recensées à l'article 706-73 du C.P.P., auquel il convient d'ajouter l'article 706-74 de ce Code. La méthode législative utilisée à cette occasion encourt la critique. Cette loi s'est contentée d'établir une liste ne donnant « aucune indication précise sur les critères qui permettent d'identifier un fait de criminalité organisée »⁴⁵¹³. Au fond, c'est le critère de la gravité de l'infraction (ainsi que sa complexité) qui a été retenu, non celui de l'organisation⁴⁵¹⁴, pour justifier l'adoption de ces procédures dérogatoires⁴⁵¹⁵. Or s'il ne fait aucun doute que la gravité est inhérente à la criminalité organisée, elle ne permet pas pour autant d'identifier cette notion.

911. Ce cadre juridique particulier vise les infractions « classiques » de trafic de stupéfiants, proxénétisme ou terrorisme qui appellent une intensification de la contrainte exercée sur les personnes et les biens. L'extension des pouvoirs policiers et judiciaires se manifeste, entre autres, par la possibilité d'allonger la durée maximale de la garde à vue, de procéder à des perquisitions de nuit ou de recourir à la sonorisation et fixation d'images⁴⁵¹⁶. De manière plus surprenante, certaines de ces règles dérogatoires ont été étendues à divers délits commis en bande organisée, d'abord prévus par le Code de la propriété intellectuelle⁴⁵¹⁷, puis par le Code de commerce. L'escroquerie a été ajoutée à la liste de l'article 706-73 du C.P.P. par la loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, avant d'être heureusement enlevée de ce texte⁴⁵¹⁸ par une loi n°2007-1598 du 13 novembre 2007⁴⁵¹⁹. Ayant trait à la lutte contre la corruption, cette dernière loi a permis une application nouvelle d'actes coercitifs à quelques infractions d'atteinte à la probité à l'exclusion des

expressions : crime organisé et espace judiciaire européen, Rev. sc. crim., 2000, p. 469 et s. ; J. DANET, De la procédure à la répression de la criminalité organisée, ou laquelle est l'instrument de l'autre ?, A.J. pénal, 2004, dossier, p. 192 et s.

⁴⁵¹² C'était déjà le cas avant l'adoption de la loi du 9 mars 2004, qui n'a fait qu'accentuer et étendre les régimes dérogatoires en ce domaine. Avant cette loi, F. DEBOVE, Vers un droit pénal de la criminalité organisée ?, Petites affiches, 12 nov. 2002, p. 4 et s., not. p. 6 et 7.

⁴⁵¹³ E. VERGES, La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004, A.J. pénal, 2004, dossier, p. 181 et s., spéc. p. 184 et 185, soulignant avec raison qu'une autre méthode était pourtant possible et même souhaitable. Il aurait été plus cohérent de ne retenir « que les infractions » assorties de la circonstance aggravante de bande organisée ou « celles qui en possèdent intrinsèquement les éléments constitutifs ».

⁴⁵¹⁴ *Ibid.*

⁴⁵¹⁵ V. C.C., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, préc., cons. 19 : « Les infractions retenues par l'article 706-73 sont suffisamment graves et complexes pour que le législateur ait pu fixer, en ce qui les concerne, des règles spéciales de procédure pénale ».

⁴⁵¹⁶ V., en matière de terrorisme : J. ALIX, Terrorisme et droit pénal. Etude critique des incriminations terroristes, Dalloz, 2010, Nouvelle bibliothèque de thèses, préf. G. GIUDICELLI-DELAGE, n°467 et 468, p. 376 et 377 et n°529, p. 420.

⁴⁵¹⁷ Art. 706-1-2 du C.P.P., créé par la loi n°2007-1544 du 29 oct. 2007 et relatif à la contrefaçon, modifié en dernier lieu par la loi n°2014-535 du 27 mai 2014 (suppression de la référence à l'article 706-106, texte abrogé par ladite loi).

⁴⁵¹⁸ Cette abrogation a été jugée nécessaire par le garde des Sceaux : la garde à vue de quatre jours et les perquisitions nocturnes sont apparues excessives pour cette infraction. Ce délit permet néanmoins de recourir à certaines règles dérogatoires et à procéder à des mesures spécifiques prévues pour la criminalité organisée, conformément à l'article 706-74 du C.P.P.

⁴⁵¹⁹ Ce qui témoigne de l'instabilité qui domine la procédure pénale, mais surtout du caractère relativement ouvert des articles 706-73 et 706-74 du C.P.P., en d'autres termes de la facilité avec laquelle il apparaît possible d'appliquer des règles dérogatoires, particulièrement coercitives, à de nouvelles infractions. Cela demeure préoccupant au regard des libertés individuelles. Or, un minimum de précaution doit être pris en la matière : E. RUBI-CAVAGNA, L'extension des procédures dérogatoires, Rev. sc. crim., 2008, doct., p. 23 et s., spéc. p. 38.

perquisitions nocturnes, ou de celles menées en l'absence de la personne placée en garde à vue ou détenue, et de la garde à vue prolongée avec possibilité de différer l'intervention de l'avocat⁴⁵²⁰. A propos de cette dernière mesure, le législateur a pris acte de la décision n°2013-679 DC du 4 décembre 2013, rendue par le juge constitutionnel. La loi n°2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive européenne du 22 mai 2012 a ajouté un alinéa à l'article 706-88 du C.P.P. pour exclure du champ d'application de ce texte le délit d'escroquerie commis en bande organisée ou, lorsqu'elles concernent ce délit, les infractions visées aux 14° à 16° de l'article 706-73 du C.P.P. Mais l'article 706-88 redevient applicable, à titre exceptionnel, « si les faits ont été commis dans des conditions portant atteinte à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes ou aux intérêts fondamentaux de la nation définis à l'article 410-1 du Code pénal ou si l'un des faits constitutifs de l'infraction a été commis hors du territoire national, dès lors que la poursuite ou la réalisation des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité rend indispensable, en raison de leur complexité, la prolongation de la garde à vue »⁴⁵²¹. Quant à la loi n°2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale⁴⁵²², elle a ajouté un dernier alinéa à l'article 706-88 du C.P.P., précisant que ce texte est inapplicable aux délits mentionnés au 20° de l'article 706-73.

912. Adoptée le même jour que la loi organique instituant le procureur de la République financier⁴⁵²³, la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière⁴⁵²⁴ modifie les articles 706-1-1 et 706-1-2 du C.P.P., entrés en vigueur le 1^{er} février 2014. Ces textes étendent à nouveau les techniques spéciales d'enquête, notamment l'interception de correspondances, la sonorisation et fixation d'images, la captation de données informatiques et la saisie conservatoire aux délits de fraude fiscale aggravée, aux délits douaniers punis de plus de cinq ans d'emprisonnement, au blanchiment de l'ensemble de ces infractions ou aux abus de biens sociaux aggravés. Le Conseil constitutionnel a jugé que les atteintes au respect de la vie privée et au droit de propriété résultant de la mise en œuvre de ces actes coercitifs

⁴⁵²⁰ Il s'agit de la corruption passive et du trafic d'influence commis par une personne exerçant une fonction publique, de la corruption active et du trafic d'influence commis par un particulier, de la corruption active ou passive d'une personne exerçant des fonctions juridictionnelles, etc. V. C. CUTAJAR, La lutte contre la grande délinquance économique et financière après les lois du 6 décembre 2013, R.P.D.P., 2013, p. 777 et s., spéc. p. 792. Pour une critique pertinente de cette extension aux infractions occultes, P. CONTE, Le régime procédural de la criminalité organisée étendu à la corruption : l'exception tendrait-elle à devenir la règle ?, Dr. pénal, 2008, Etude n°1.

⁴⁵²¹ La garde à vue de quatre jours n'est possible qu'à ces conditions, à défaut elle ne saurait dépasser quarante-huit heures. La prolongation ne peut être ordonnée que par le juge des libertés et de la détention.

⁴⁵²² J.O. du 11 juill. 2014, p. 11496.

⁴⁵²³ Loi organique n°2013-1115 du 6 déc. 2013 relative au procureur de la République financier, J.O. du 7 déc. 2013, p. 19939 ; Rev. sc. crim., 2014, chron., p. 393, obs. N. CATELAN ; E. VERGES, Le procureur de la République financier : entre projet politique et recherche de l'efficacité, Rev. sc. crim., 2014, chron., p. 143 et s., spéc. p. 150. Placé à la tête d'un parquet autonome, ce magistrat est compétent au niveau national pour les atteintes à la probité (corruption, trafic d'influence, prise illégale d'intérêts, favoritisme...), pour la fraude fiscale lorsque ces infractions ont un certain degré de complexité et pour le blanchiment de l'ensemble de ces infractions. Il a une compétence exclusive en matière boursière. Sur l'organisation et le fonctionnement du parquet financier : V. décrets n°2014-64 à 2014-69 du 29 janv. 2014, J.O. du 31 janv. 2014, p. 1826 ; J.C.P., 2014, 193 ; Procédures, 2014, comm. n°80, obs. J. BUISSON.

⁴⁵²⁴ J.O. du 7 déc. 2013, p. 19941 ; Procédures, 2014, comm. n°82, obs. J. BUISSON ; Rev. sc. crim., 2014, chron., p. 393, obs. N. CATELAN.

ne revêtent pas un caractère disproportionné au regard du but poursuivi⁴⁵²⁵. Il a en revanche censuré la disposition qui autorisait l'exécution d'une garde à vue de 96 heures avec possibilité de différer l'intervention de l'avocat en fonction de certaines circonstances particulières, considérant que ces infractions, hormis celle prévue à l'article 414, dernier alinéa, du Code des douanes, constituaient des délits insusceptibles de porter atteinte en eux-mêmes à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes⁴⁵²⁶.

913. A vrai dire, le Livre IV du Code de procédure pénale intitulé « De quelques procédures particulières, ne cesse d'augmenter⁴⁵²⁷. Une extension considérable des procédures pénales dérogatoires au droit commun se produit depuis une bonne vingtaine d'années⁴⁵²⁸. Critiquant ce développement, la doctrine dénonce la montée en puissance d'une « procédure pénale "bis" » ou son « dédoublement »⁴⁵²⁹. Ce qui semble le plus inquiétant⁴⁵³⁰, c'est, d'une part, la multiplication des infractions aux définitions souvent floues qui sont soumises à un régime procédural d'exception⁴⁵³¹ ;

⁴⁵²⁵ C.C., 4 déc. 2013, n°2013-679 DC, préc., cons. 75. Il est vrai que l'extension de ces procédures dérogatoires d'enquête – à l'exception des perquisitions de nuit – constitue des « modifications procédurales d'ampleur mesurée » : E. VERGES, *op. cit.*, p. 149.

⁴⁵²⁶ Sur cette heureuse censure : C.C., 4 déc. 2013, préc., cons. 77. Sur l'ensemble de la question, C. CUTAJAR, *op. cit.*, p. 792 et 793 et C. CUTAJAR, Le volet répressif de la loi sur la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière, A.J. pénal, 2013, dossier, p. 638 et s., spéc. p. 640 ; H. ROBERT, Une nouvelle étape normative dans le renforcement des moyens de lutte contre la criminalité d'argent. A propos de la loi du 6 décembre 2013, J.C.P., 2014, 182, spéc. n°30 à 33 ; M. SEGONDS, Commentaire de la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, Dr. pénal, 2014, Etude n°3, spéc. n°2.

⁴⁵²⁷ Dans ce livre qui constitue un véritable « fourre-tout », il existe des procédures spécifiques à certaines infractions, comme celles relatives aux infractions en matière économique et financière (titre XIII), aux actes de terrorisme (titre XV), aux infractions en matière de trafic de stupéfiants (titre XVI), aux infractions de nature sexuelle (titre XIX)... Voilà pourquoi est très souvent évoqué « l'émiettement » ou « l'éparpillement » de la procédure pénale : V. J.-L. NADAL, Propos introductifs à la première conférence. 1958-2005 : que reste-t-il du Code de procédure pénale ?, *in* La procédure pénale en quête de cohérence, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 11 et s., not. p. 13.

⁴⁵²⁸ C'est surtout depuis la loi n°86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat (J.O. du 10 sept. 1986, p. 10956), que ces procédures dérogatoires ont explosé. Car, « parler de terrorisme constitue un argument péremptoire pour les revendications policières : qui prendrait le risque d'affaiblir la lutte contre le terrorisme si des spécialistes lui affirment que de misérables dispositions juridiques exposent la Nation à de terrifiantes menaces ? » : P. ROBERT, Ordre, insécurité, liberté : les incertitudes de la procédure pénale, *in* La procédure pénale en quête de cohérence, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 37 et s., spéc. p. 54 ; M. TOUILLIER, L'évolution des procédures spéciales et dérogations, *in* Problèmes actuels de sciences criminelles, P.U.A.M., 2013, t. XXIV, p. 35 et s., not. n°14, p. 47 ; J. ALIX, La place de l'homme dans le droit pénal contemporain, *op. cit.*, p. 80 à 82 (terrorisme et le tournant du 11 septembre 2001). La loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur (J.O. du 23 déc. 1992, p. 17568) a inséré trois procédures particulières, en matière de trafic de stupéfiants, de proxénétisme et de terrorisme. Sur les techniques d'extension de ces procédures, E. RUBI-CAVAGNA, *op. cit.*, p. 26 et s., relevant trois techniques : l'extension d'une mesure dérogatoire à une nouvelle infraction, l'extension du caractère dérogatoire d'une mesure d'investigation, la pérennisation ou la prolongation d'une dérogation précédemment temporaire.

⁴⁵²⁹ C. LAZERGES, La dérive de la procédure pénale, Rev. sc. crim., 2003, chron., p. 644 et s., spéc. p. 649 à 652 ; C. LAZERGES, Dédoublement de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux, *in* Les droits et le Droit, Mélanges B. BOULOC, Dalloz, 2007, p. 573 et s., not. p. 574 ; D. THOMAS, L'évolution de la procédure pénale française (...), *op. cit.*, p. 61.

⁴⁵³⁰ L'essor de ces procédures d'exception n'est-il pas déjà, en soi, préoccupant pour les libertés individuelles ?

⁴⁵³¹ C. LAZERGES, La dérive (...), *op. cit.*, p. 650 ; M. NORD-WAGNER, Le Code de procédure pénale ou la réforme permanente, *in* De code en code, Mélanges G. WIEDERKEHR, Dalloz, 2009, p. 593 et s., spéc. p. 599 ; D. THOMAS, *op. cit.*, p. 67. Pourtant, en 1986, le juge constitutionnel, dans sa décision n°86-213 DC du 3 septembre 1986, J.O. du 5 sept. 1986, p. 10786, cons. 24, a tenté d'éviter cela en affirmant que les règles dérogatoires au droit commun qui trouvent, selon le législateur, leur justification dans les caractéristiques spécifiques du terrorisme ne sauraient, sans qu'il soit porté atteinte au principe d'égalité devant la justice, être étendues à des infractions qui, comme les crimes et les délits contre la sûreté de

d'autre part, le poids de la qualification donnée aux faits par les O.P.J. dès le début de l'enquête, fût-elle contrôlée par l'autorité judiciaire⁴⁵³². L'appréciation des faits par les enquêteurs revêt dès lors une importance fondamentale. S'il leur apparaît qu'ils ont été commis en bande organisée, ils pourront recourir aux actes très coercitifs prévus aux articles 706-88 et suivants du C.P.P. (gardes à vue spéciales, perquisitions de nuit, écoutes téléphoniques au stade de l'enquête...). Les magistrats doivent vérifier cette qualification juridique, mais ce contrôle s'avère peu évident puisque le parquet est informé par la police au stade initial des poursuites⁴⁵³³. En l'absence de qualification judiciaire préalable des faits, un risque de détournement de procédure reste donc toujours possible⁴⁵³⁴.

914. Face à la multiplication des procédures exceptionnelles, qui empiètent sur celle de droit commun comme l'atteste la fouille des véhicules⁴⁵³⁵, mais s'enchevêtrent également entre-elles⁴⁵³⁶, des garanties sont apparues propices à la sauvegarde des libertés individuelles dans une matière devenue très complexe. Dans sa décision du 2 mars 2004 précitée, le Conseil constitutionnel a émis plusieurs réserves d'interprétation⁴⁵³⁷, dont l'une concerne le crime de vol commis en bande organisée⁴⁵³⁸, et l'autre, les conditions de réalisation des perquisitions de nuit⁴⁵³⁹. Il a surtout censuré, à juste titre, les

l'Etat, ne présentent pas les mêmes caractéristiques et ne sont pas nécessairement en relation avec les infractions visées à l'article 706-16 nouveau du Code de procédure pénale.

⁴⁵³² V. C.C., 2 mars 2004, préc., cons. 33 et 34. Sur la question, A. GIUDICELLI, La garde à vue après la loi n°2004-204 du 9 mars 2004, *op. cit.*, p. 263 et 266.

⁴⁵³³ C. LAZERGES, Dédoublément (...), *op. cit.*, p. 579 et La dérive (...), *op. cit.*, p. 652, évoquant le « vice majeur du système » ; D. THOMAS, *op. cit.*, p. 60 et 61.

⁴⁵³⁴ Ce détournement consisterait à donner volontairement aux faits une qualification erronée en prétendant qu'ils relèvent de la criminalité organisée afin de leur appliquer cette procédure dérogatoire et de jouir ainsi d'une coercition beaucoup plus intense. V. aussi, M. TOUILLIER, L'évolution des procédures spéciales (...), *op. cit.*, n°22, p. 58. Sur les détournements de procédure, V. *infra*, n°1014 et s.

⁴⁵³⁵ Art. 78-2-2, 78-2-3 et 78-2-4 du C.P.P. Le premier de ces textes, issu de la loi du 15 novembre 2001, avait posé un terme à son application, soit le 31 décembre 2003. Ce terme a été supprimé et la mesure pérennisée par la loi du 18 mars 2003. Mais, en plus, le champ de l'autorisation préalable de fouilles de véhicules délivrée par le magistrat du parquet recouvre un nombre et des catégories d'infractions qui ne se limitent pas à la lutte contre le terrorisme, le trafic de stupéfiants ou la criminalité organisée puisque sont visées les dispositions relatives au vol simple et au recel. Sur ce point, D. THOMAS, *op. cit.*, p. 59 ; C. LAZERGES, La dérive (...), *op. cit.*, p. 651, posant la question suivante : « Comment ne pas qualifier la procédure pénale parallèle de gloutonne, finira-t-elle par se substituer au droit commun ? ».

⁴⁵³⁶ Ce qui complexifie encore davantage la procédure pénale. Le cas de la garde à vue est éclairant après la loi du 23 janvier 2006, qui allonge le délai maximal de la mesure en cas de terrorisme, celle-ci pouvant atteindre six jours. Pour les autres infractions relevant de la criminalité organisée, sa durée reste de quatre jours au maximum, elle ne peut dépasser deux jours. Les régimes de garde à vue sont donc enchevêtrés, la procédure pénale « *bis* » étant « à plusieurs étages avec des passages très faciles d'un étage à l'autre » et « le contrôle de l'autorité judiciaire n'en est que plus complexe » : C. LAZERGES, Dédoublément (...), *op. cit.*, spéc. p. 588. La complexité peut aussi être relevée pour les perquisitions et saisies de nuit effectuées dans le cadre des enquêtes de flagrance pour les infractions en matière de trafic de stupéfiants, régies par deux dispositions différentes : art. 706-28 et 706-89 du C.P.P. V. E. RUBI-CAVAGNA, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁵³⁷ Dont il est possible de douter de l'effectivité – car qui vérifiera le respect effectif de ces réserves ? – et de relever l'étrangeté du procédé. A cet égard, J.-F. SEUVIC, Forces et faiblesses de la constitutionnalisation substantielle et formelle du droit pénal, *in* La procédure pénale en quête de cohérence, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 111 et s., spéc. p. 117, 118 et 120. Sur l'ensemble de la question, T. DI MANNO, L'influence des réserves d'interprétation, *in* La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Economica, Etudes juridiques, 1999, p. 189 et s. ; G. ROYER, La réserve d'interprétation constitutionnelle en droit criminel, *Rev. sc. crim.*, 2008, p. 825 et s.

⁴⁵³⁸ Cons. 17. Pour une analyse et une appréciation de cette réserve : D. COMMARET, La procédure pénale vue comme modèle éthique et déontologique des professions judiciaires, *op. cit.*, p. 329.

⁴⁵³⁹ Cons. 56 : « La notion de "risque immédiat de preuves ou d'indices matériels" doit s'entendre comme ne permettant au juge d'instruction d'autoriser une perquisition de nuit que si celle-ci ne peut être réalisée dans d'autres circonstances de temps ». La dernière réserve d'interprétation du Conseil intéresse le délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France commis en bande organisée, qui « ne saurait concerner les organismes humanitaires d'aide aux étrangers » (cons. 18).

dispositions de l'article 706-104 du C.P.P. rédigées de la sorte : « Le fait qu'à l'issue de l'enquête ou de l'information ou devant la juridiction de jugement la circonstance aggravante de bande organisée ne soit pas retenue ne constitue pas une cause de nullité des actes régulièrement accomplis en application des dispositions du présent titre ». Pour juger ce texte contraire à la Constitution, le Haut conseil a estimé que « si le législateur pouvait exonérer de nullité les actes d'enquête ou d'instruction dès lors que la circonstance aggravante de bande organisée paraissait caractérisée à la date où ils ont été autorisés, il ne pouvait exonérer, de façon générale, des actes qui auraient été autorisés en méconnaissance des exigences susmentionnées »⁴⁵⁴⁰. Si la théorie de l'apparence peut jouer, une telle généralisation est excessive. Des abus ont sans doute été évités, comme des détournements de procédure liés à une qualification initiale erronée, qui n'auraient reçu aucune sanction⁴⁵⁴¹.

915. D'autres garanties ont été posées dans l'optique d'encadrer ces procédures dérogatoires et, plus particulièrement, les actes très coercitifs qu'elles comprennent. La sonorisation n'est autorisée qu'en cas d'information portant sur un crime ou un délit entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 du C.P.P. Le juge pénal annule alors les opérations de sonorisation du parloir d'un détenu provisoire, mis en examen pour meurtre simple⁴⁵⁴². Lorsqu'il n'est pas commis en bande organisée, ce crime ne permet pas l'exécution d'un tel acte. Sous l'empire des textes antérieurs, la Cour de cassation a rappelé, par ailleurs, l'obligation pour l'O.P.J. de notifier lors du placement en garde à vue le droit de s'entretenir avec un avocat à l'issue d'un délai de soixante-douze heures dans le cadre d'une mesure spécifique aux infractions de trafic de stupéfiants⁴⁵⁴³. S'agissant de la lutte contre le terrorisme, le juge européen a repris à son compte une affirmation de la Chambre des lords suivant laquelle la question de la proportionnalité relève en dernier lieu du domaine judiciaire, notamment lorsque des justiciables ont subi une longue privation de liberté⁴⁵⁴⁴. Il a également posé que l'infraction à caractère terroriste peut justifier l'application de mesures dérogatoires eu égard à sa gravité et à sa clandestinité ; mais « cela ne signifie pas pour autant que les autorités aient carte blanche, au regard de l'article 5, pour arrêter et placer en garde à vue des suspects, à l'abri de tout contrôle effectif par les tribunaux internes et, en dernière instance, par les organes de contrôle de la Convention, chaque fois

⁴⁵⁴⁰ C.C., 2 mars 2004, préc., cons. 70. V. M. SEURIN, De la loi du 15 juin 2000 à la loi du 9 mars 2004 : quel avenir pour l'instruction préparatoire ?, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 565 et s., spéc. p. 580.

⁴⁵⁴¹ On lira avec profit les observations et critiques de C. LAZERGES, *in* Le rôle du Conseil constitutionnel (...), *op. cit.*, p. 38, 40 et 41.

⁴⁵⁴² Cass. crim., 9 juill. 2008, Bull. crim., n°170, préc. ; A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 424, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; D. GUERIN, Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2009, chron. préc., spéc. n°10.

⁴⁵⁴³ Cass. crim., 24 juin 2009, Bull. crim., n°136, préc.

⁴⁵⁴⁴ CEDH (Gr. ch.), 19 fév. 2009, *A. et autres / Royaume-Uni*, n°3455/05 ; Rev. sc. crim., 2009, p. 672, obs. J.-P. MARGUENAUD. Sur la conciliation entre droits fondamentaux et impératifs de sécurité (terrorisme) en droit de l'Union européenne, A. BERRAMDANE, Considérations sur les perspectives de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, R.D.U.E., 2009, p. 441 et s., spéc. p. 458 et 459.

qu'elles estiment qu'il y a infraction terroriste ». Dès lors « la détention non reconnue d'un individu constitue une négation totale de ces garanties et une violation extrêmement grave de l'article 5 »⁴⁵⁴⁵.

916. En fin de compte, ces différents éléments relatifs à l'infraction fournissent le cadre juridique dans lequel les instances policières et judiciaires peuvent agir. Le cadre procédural se révèle essentiel. Il détermine l'intensité des atteintes susceptibles d'être portées aux libertés individuelles. La recherche d'efficacité impose d'ordinaire de procéder à des actes très coercitifs⁴⁵⁴⁶. Lorsqu'une infraction est caractérisée⁴⁵⁴⁷, l'exécution de l'acte coercitif varie donc en fonction de la nature de celle-ci, du moment et des modalités de sa commission. Cet acte s'adapte en quelque sorte à l'infraction commise⁴⁵⁴⁸. Dans un souci de respect de la proportionnalité, celui-ci doit être approprié à la gravité des faits⁴⁵⁴⁹. La souplesse permet d'apporter une réponse procédurale adaptée et conduit à se demander si elle ne sonne pas le glas de la théorie de l'infraction unique. Quoiqu'il en soit, l'acte coercitif connaît des variations objectives fondées sur d'autres causes.

B – Variations *loci et temporis*

917. L'exécution de l'acte coercitif fluctue selon deux critères objectifs distincts, le temps et l'espace. En clair, le moment auquel il y est procédé, ainsi que le lieu où il est effectué, apparaissent déterminants. Certaines heures et certains endroits font l'objet d'une protection renforcée en procédure pénale. Afin de souligner les garanties supplémentaires instituées, il convient d'examiner les variations *temporis* de l'acte coercitif (1°), puis ses variations *loci* (2°).

1°- Les variations *temporis*

918. Ce sont celles qui se rapportent au temps, autrement dit au moment où les actes coercitifs s'avèrent accomplis. Pour certains d'entre-eux, leur régime varie suivant qu'ils sont exécutés le jour ou la nuit. Depuis la Constitution du 5 fructidor an III, le principe de l'inviolabilité du domicile demeure constant. Celui-ci a été protégé durant la nuit par la Constitution du 22 frimaire an VIII,

⁴⁵⁴⁵ CEDH (Gr. ch.), 13 déc. 2012, *El-Masri / « L'ex-République Yougoslave de Macédoine »*, n°39630/09, §232 et 233 (affaire de détention secrète de la CIA) ; J.C.P., 2013, 64, spéc. n°6 et 8, obs. F. SUDRE ; P. BEAUVAIS, Les dispositifs antiterroristes d'exception sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme, R.P.D.P., 2013, p. 163 et s., spéc. p. 169 ; CEDH, 24 juill. 2014, *Al Nashiri / Pologne*, n°28761/11 (en anglais) ; J.C.P., 2014, act., 929, obs. F. SUDRE.

⁴⁵⁴⁶ Rappr., sur l'idée, P. COUVRAT, Le rôle moteur du développement des droits de l'homme en procédure pénale, Dr. pénal, 2002, chron. n°5, spéc. p. 6.

⁴⁵⁴⁷ A défaut, les autorités répressives se trouvent dans l'un des cadres juridiques précédemment étudiés : enquête de mort suspecte, disparition inquiétante...

⁴⁵⁴⁸ Il apparaît donc essentiel que l'incrimination soit précisément définie puisque les procédures pénales dérogatoires sont mises en œuvre à propos de telle ou telle catégorie d'infractions. V. B. DE LAMY, Le principe de la légalité criminelle (...), *op. cit.*, p. 18 et 19.

⁴⁵⁴⁹ Sur ce point, M. DANTI-JUAN, Les adaptations de la procédure, R.P.D.P., 2003, p. 725 et s., not. p. 725 et 731, notant qu'« on peut s'expliquer que devant certaines infractions particulièrement insupportables, les règles de droit commun s'effacent au profit de règles spécifiques qui marquent une plus grande intensité de la coercition procédurale ».

rappelant dans son article 76 que « la maison de toute personne habitant le territoire français est un asile inviolable » et que « pendant la nuit, nul n'a le droit d'y entrer que dans le cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation faite de l'intérieur de la maison. Pendant le jour, on peut y entrer pour un objet spécial déterminé ou par une loi, ou par un ordre émané d'une autorité publique »⁴⁵⁵⁰. Si le terme « nuit » a posé des difficultés à une époque compte tenu de son absence de définition⁴⁵⁵¹, la nuit est à présent définie, en tout cas délimitée, en procédure pénale⁴⁵⁵².

919. Aux termes de l'article 59 du C.P.P., les perquisitions et visites domiciliaires ne peuvent être commencées avant 6 heures et après 21 heures, sauf réclamation faite de l'intérieur de la maison ou exceptions prévues par la loi⁴⁵⁵³. Rien ne s'oppose à ce que ces mesures soient débutées de jour, c'est-à-dire avant 21 heures, se poursuivent de nuit et s'achèvent à 3 heures du matin par exemple. Relatif aux perquisitions opérées en flagrance, ce texte est applicable à celles menées en enquête préliminaire ou au cours d'une instruction par renvoi des articles 76, alinéa 3, 95 et 96, alinéa 2, du C.P.P. Il prévoit une exception de portée générale, la réclamation⁴⁵⁵⁴, et les dérogations à l'interdiction des perquisitions nocturnes⁴⁵⁵⁵. Il doit être rapproché de l'article 134 du C.P.P., qui dispose que « l'agent chargé de l'exécution d'un mandat d'amener, d'arrêt ou de recherche ne peut s'introduire dans le domicile d'un citoyen avant 6 heures ni après 21 heures ». Pendant ces neuf heures, il reste donc prohibé d'effectuer ces différents actes coercitifs⁴⁵⁵⁶.

920. Il semble difficile de nier que cette règle souffre de nombreuses dérogations, en particulier depuis la loi du 9 mars 2004. Développées en matière de proxénétisme, de stupéfiants et de terrorisme⁴⁵⁵⁷, les visites, perquisitions et saisies nocturnes se sont généralisées⁴⁵⁵⁸. Signe de

⁴⁵⁵⁰ Pour un aperçu de l'histoire de l'inviolabilité du domicile et des explications sur ses exceptions, C.-J. VANHOUDT, *Le droit de perquisition et les atteintes à l'inviolabilité du domicile*, R.D.P.C., 1959-1960, p. 243 et s., spéc. p. 249, 255 et 258.

⁴⁵⁵¹ A cet égard, V. C. ETRILLARD, *Le temps dans l'investigation pénale*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2004, préf. G. FOURNIER, n°353, p. 263.

⁴⁵⁵² V. J.-P. MARGUENAUD, *La nuit en procédure pénale*, in *Les droits et le Droit*, Mélanges B. BOULOC, Dalloz, 2007, p. 721 et s.

⁴⁵⁵³ V. déjà, CA Paris, 24 janv. 1952, S., 1952, II, p. 93, concl. R. COMBALDIEU : « Considérant que pendant la nuit le domicile de tout citoyen est inviolable, qu'il ne peut être dérogé à ce principe que dans les cas limitativement prévus par le législateur, tels : l'incendie ou l'inondation et autres cas de force majeure, la détention arbitraire, le crime flagrant, etc ».

⁴⁵⁵⁴ Il s'agit, de façon générale, de tout appel à l'aide provenant d'un domicile au sens large, à partir du moment où celui-ci émane de l'occupant des lieux.

⁴⁵⁵⁵ Une perquisition de nuit est-elle possible lorsque l'occupant y consent tout en connaissant l'irrégularité commise ? Il semble que la réponse soit négative compte tenu de la nullité d'ordre public encourue : V. Cass. crim., 3 juin 1991, Inédit, n°90-81435.

⁴⁵⁵⁶ Sur la justification de cette règle, généralement présentée comme une protection du repos des citoyens renforcée par des considérations pratiques liées à l'obscurité, V. J. CARBONNIER, *Nocturne*, in *Flexible droit*. Pour une sociologie du droit sans rigueur, *op. cit.*, p. 64 : « Le droit, en ce qu'il a de plus élémentaire – la contrainte sociale, la violence étatique – est fait pour le jour et s'arrête, désarmé, au bord de la nuit ». Il ajoute que c'est parce qu'elle est vide de droit que la nuit « nous apparaît tantôt insécurité, tantôt délivrance et poésie ».

⁴⁵⁵⁷ Ou encore de contrefaçon de créations et des industries saisonnières de l'habillement et de la parure, de contrefaçons d'œuvres littéraires ou lorsque des dispositions exceptionnelles sur l'état de siège et l'état d'urgence les prévoyaient. Sur la question, C. ETRILLARD, *op. cit.*, n°359, p. 266.

⁴⁵⁵⁸ Pour une étude complète des perquisitions nocturnes avant l'adoption de la loi du 9 mars 2004 : H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, *op. cit.*, n°673 et s., p. 562 et s.

l'intensification de la coercition, elles couvrent aujourd'hui un domaine étendu. Certaines n'apparaissent pas subordonnées à une autorisation préalable. C'est le cas pour la recherche et la constatation des infractions de trafic de stupéfiants⁴⁵⁵⁹ et de proxénétisme⁴⁵⁶⁰. Ce pouvoir n'est toutefois accordé aux autorités publiques que pour l'entrée dans des lieux particuliers, une autorisation demeure sinon indispensable⁴⁵⁶¹. D'autres mesures de ce type se trouvent subordonnées à une autorisation préalable. Ce sont celles réalisées au cours d'une enquête ou d'une information relative à l'une des infractions commises en bande organisée et entrant dans les prévisions de l'article 706-73 du C.P.P., comme le crime de vol prévu par l'article 311-9 du C.P.⁴⁵⁶². Toute une catégorie d'infractions permet par conséquent de déroger aux heures légales⁴⁵⁶³ ; ce qui laisse perplexe du point de vue de la préservation des libertés individuelles, notamment de l'inviolabilité du domicile et du droit au respect de l'intimité de la vie privée.

921. Aussi les précautions prises par le législateur aux articles 706-89 et suivants du C.P.P. s'avèrent-elles opportunes. Subordonner l'exécution des visites domiciliaires, perquisitions et saisies de nuit à l'autorisation du juge des libertés et de la détention ou du juge d'instruction⁴⁵⁶⁴, partant à un magistrat du siège indépendant et impartial, apparaît comme une garantie non négligeable⁴⁵⁶⁵. Celui-ci doit apprécier, à cette occasion, la nécessité et la proportionnalité des mesures coercitives envisagées. Afin de limiter leur champ d'application et de respecter la proportionnalité, les perquisitions nocturnes ne peuvent d'ailleurs concerner les locaux d'habitation en enquête préliminaire d'après l'article 706-

⁴⁵⁵⁹ Art. 706-28 du C.P.P.

⁴⁵⁶⁰ Art. 706-35 du C.P.P.

⁴⁵⁶¹ En matière de trafic de stupéfiants, il s'agit des visites, perquisitions et saisies opérées de nuit « à l'intérieur des locaux où l'on use en société de stupéfiants ou dans lesquels sont fabriqués, transformés ou entreposés illicitement des stupéfiants lorsqu'il ne s'agit pas de locaux d'habitation » (art. 706-28 du C.P.P.). Pour le proxénétisme, ce sont les mêmes opérations opérées à toute heure du jour et de la nuit, « à l'intérieur de tout hôtel, maison meublée, pension, débit de boissons, club, cercle, dancing, lieu de spectacle et leurs annexes et en tout autre lieu ouvert au public ou utilisé par le public lorsqu'il est constaté que des personnes se livrant à la prostitution y sont reçues habituellement » (art. 706-35 du C.P.P.).

⁴⁵⁶² Dans cette hypothèse, le juge pénal doit veiller à la conformité constitutionnelle du recours à la procédure applicable à la criminalité organisée en constatant que les faits de vol qui en ont fait l'objet présentent des éléments suffisants de gravité, conformément à la réserve d'interprétation du Haut conseil. A ce sujet, D. REBUT, Le juge pénal face aux exigences constitutionnelles, C.C.C., 2004, n°16, p. 135 et s., relevant néanmoins « une ignorance formelle » des réserves d'interprétation, jointe à une « absence de réception substantielle » au sein de la jurisprudence criminelle.

⁴⁵⁶³ Comme le crime de meurtre commis en bande organisée prévu par le 8° de l'article 221-4 du C.P. (art. 706-73, 1° du C.P.P.), les crimes et délits d'enlèvement et de séquestration commis en bande organisée prévus par l'article 224-5-2 du C.P. (art. 706-73, 4° du C.P.P.), les crimes en matière de fausse monnaie prévus par les articles 442-1 et 442-2 du C.P. (art. 706-73, 10° du C.P.P.), les délits de blanchiment prévus par les articles 324-1 et 324-2 du C.P., ou de recel prévus par les articles 321-1 et 321-2 du même code, du produit, des revenus, des choses provenant des infractions mentionnées aux 1° à 13° (art. 706-73, 14° du C.P.P.).

⁴⁵⁶⁴ Cette autorisation est délivrée par le juge des libertés et de la détention, à la requête du procureur de la République, si les O.P.J. agissent dans le cadre d'une enquête (art. 706-89 et 706-90 du C.P.P.), ou par le magistrat instructeur s'ils agissent sur commission rogatoire (art. 706-91 du C.P.P.).

⁴⁵⁶⁵ Comp., l'incohérence du nouveau dispositif de géolocalisation : le procureur de la République reste compétent, même si l'opération est nocturne et vise un lieu privé ordinaire (art. 230-34, al. 1 du C.P.P.). En outre, le juge d'instruction doit obtenir l'accord du juge des libertés et de la détention s'il envisage cette opération de nuit dans un local d'habitation (art. 230-34, 2°, visant un local d'habitation). Enfin, ce dernier peut ordonner l'opération au sein d'un local d'habitation, de nuit et dans le cadre de l'enquête préliminaire, alors même que toute perquisition nocturne s'avère proscrite dans ces circonstances. Sur ce point : P. LE MONNIER DE GOUVILLE, Le régime juridique de la géolocalisation (...), *op. cit.*, p. 6 et 7.

90⁴⁵⁶⁶. Ceux-ci font en quelque sorte l'objet d'une « "surprotection" » et, de manière générale, l'autorisation de s'y introduire de nuit doit être justifiée par l'urgence⁴⁵⁶⁷. Les juges de la rue Montpensier ont formulé une réserve d'interprétation à ce sujet dans leur décision du 2 mars 2004⁴⁵⁶⁸. Pour encadrer au mieux ces actes coercitifs, l'article 706-92 soumet l'autorisation du juge à un formalisme rigoureux prévu à peine de nullité⁴⁵⁶⁹. Il précise encore que les opérations se déroulent sous le contrôle du magistrat qui les a autorisées, lequel peut se déplacer sur les lieux pour veiller au respect de la loi.

922. L'article 706-96 du C.P.P. prévoit des dispositions assez proches en cas d'information ouverte pour un crime ou un délit relevant de la délinquance organisée. En vue d'installer le dispositif technique permettant la sonorisation et la fixation d'images, le juge d'instruction peut, après avis du parquet, autoriser les O.P.J. et A.P.J., agissant sur commission rogatoire, à pénétrer dans un véhicule ou un lieu privé en dehors des heures légales. Mais s'il s'agit d'un lieu d'habitation et que l'opération doit se dérouler la nuit, cette autorisation est délivrée par le juge des libertés et de la détention saisi à cette fin par le juge d'instruction⁴⁵⁷⁰. L'introduction de nuit dans un domicile afin d'y installer des micros et caméras suppose donc l'accord de deux magistrats du siège, ce qui constitue une garantie appréciable, identique au placement en détention provisoire⁴⁵⁷¹. De plus, les opérations sont effectuées sous l'autorité et le contrôle du magistrat instructeur. Ces diverses précautions restent applicables lors de la désinstallation du dispositif mis en place.

923. Accomplir ces différents actes de nuit doit demeurer exceptionnel eu égard à la forme particulière de contrainte qu'ils recèlent. Pour sauvegarder les libertés individuelles de manière effective, il convient de les encadrer au maximum. Leur conventionnalité semble acquise à partir du moment où l'ensemble des exigences légales se trouve respecté⁴⁵⁷². Toutefois, les perquisitions nocturnes menées dans les locaux d'habitation soulèvent quelques interrogations, en ce qu'elles n'attendent pas seulement au domicile de l'individu soupçonné, mais aussi à l'intimité de la vie privée

⁴⁵⁶⁶ Sur ce point, H. MATSOPOULOU, Les évolutions récentes de la preuve (...), *op. cit.*, p. 418.

⁴⁵⁶⁷ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2355.

⁴⁵⁶⁸ C.C., 2 mars 2004, préc., cons. 56, soulignant que dans la mesure où « la notion de "risque immédiat de disparition de preuves ou d'indices matériels" » s'entend comme « ne permettant au juge d'instruction d'autoriser une perquisition de nuit que si celle-ci ne peut être réalisée dans d'autres circonstances de temps », les dispositions de l'article 706-91 « ne portent pas une atteinte excessive au principe de l'inviolabilité du domicile ».

⁴⁵⁶⁹ Sa décision doit être écrite et motivée, elle doit préciser la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée, l'adresse des lieux dans lesquels les opérations peuvent être menées. Son ordonnance doit aussi énoncer les éléments de fait et de droit justifiant la nécessité de celles-ci.

⁴⁵⁷⁰ Art. 706-96, al. 2 du C.P.P.

⁴⁵⁷¹ Dans le même sens : J. PRADEL, Y aura-t-il encore dans l'avenir une spécificité de la procédure pénale française ?, Mélanges X. BLANC-JOUVAN, Société de législation comparée, 2005, p. 789 et s., not. p. 801.

⁴⁵⁷² L'ingérence est prévue par la loi comme le requiert l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, elle semble nécessaire à la défense de l'ordre et à la poursuite des infractions, proportionnée à celles-ci vu leur gravité et leur complexité... Sur cette conformité, V. aussi, J.-P. MARGUENAUD, La nuit en procédure pénale, *op. cit.*, p. 729 et 730.

personnelle et familiale. Or, comme le relève la doctrine⁴⁵⁷³, l'ingérence est-elle prévue par la loi au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, puisque les textes internes passent sous silence le conjoint (ou la compagne) et les enfants du suspect, alors même qu'ils se voient affectés par la mesure ? On peut encore s'interroger sur la proportionnalité de ces actes qui portent atteinte « à la nuit des enfants » en les réveillant de manière brutale⁴⁵⁷⁴. Si ce dernier argument apparaît de prime abord dérisoire, il doit néanmoins être veillé à ce que l'exécution de la perquisition ne constitue pas un traitement dégradant, comme dans l'affaire *Gutsanovi*⁴⁵⁷⁵. Ces actes coercitifs, qui ont vocation à rester exceptionnels⁴⁵⁷⁶, ne s'appliquent qu'à des infractions graves et complexes.

924. Les visites, perquisitions et saisies nocturnes pratiquées dans des locaux qui ne servent pas à l'habitation posent, elles, moins de problèmes vu qu'elles n'altèrent pas l'intimité de la vie privée. C'est la raison pour laquelle la chambre criminelle a jugé valable le contrôle fiscal d'une discothèque effectué de nuit⁴⁵⁷⁷. Il est vrai que les articles L. 13, L. 47 et L. 52 du Livre des procédures fiscales ne soufflent mot sur le moment auquel cette vérification doit avoir lieu. Dans le silence des textes, la Cour de cassation a repris les motifs de l'arrêt d'appel. Elle indique qu'il résulte de leur application que « la vérification de comptabilité doit se dérouler dans les locaux de l'entreprise vérifiée ou à son siège et qu'aucune disposition légale n'interdit les vérifications faites de nuit dans une activité nocturne, aux heures d'ouverture au public, comme en l'espèce ». Elle conclut à l'absence de violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Sa solution s'avère discutable. Elle se fonde sur l'absence d'interdiction légale d'agir de nuit pour les agents de l'administration fiscale. Ce qui n'est pas expressément prohibé est-il pour autant autorisé en la matière ? Il semble permis d'en douter s'agissant d'une mesure coercitive exécutée de nuit. Il n'y a pas que « le temps » qui a des incidences sur le régime de l'acte coercitif, spécialement sur les garanties qui l'entourent. Celui-ci varie encore selon le lieu dans lequel il doit être accompli.

2°- Les variations *loci*

925. Ces variations peuvent être étudiées sur deux plans distincts. L'acte coercitif est d'abord généralement effectué sur le territoire français et fluctue en fonction des lieux (a). De manière moins fréquente, il arrive aussi qu'il soit réalisé à l'étranger (b).

⁴⁵⁷³ J.-P. MARGUENAUD, *op. cit.*, p. 731.

⁴⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁷⁵ CEDH, 15 oct. 2013, *Gutsanovi / Bulgarie*, préc., §134, où la Cour juge que l'épouse et les deux filles de M. *Gutsanov* ont été soumises à un traitement dégradant compte tenu des modalités d'exécution de la perquisition. Selon la Cour, la présence éventuelle de membres de la famille du suspect doit être prise en compte dans la planification de l'opération (§132).

⁴⁵⁷⁶ Il est possible de mesurer là l'enjeu et l'importance du contrôle de proportionnalité devant être exercé par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention.

⁴⁵⁷⁷ Cass. crim., 2 déc. 2009, Bull. crim., n°202 ; D., 2010, pan., p. 2259, obs. J. PRADEL ; S. DETRAZ, Un an de droit pénal fiscal et douanier, Dr. pénal, 2010, chron. « un an de... » n°8, spéc. n°9.

a) L'acte coercitif effectué en France

926. La question du lieu d'exécution de l'acte coercitif apparaît fondamentale. Pour que les autorités publiques constatent une infraction et usent de la coercition en toute légalité, elles doivent être autorisées à accéder à un lieu précis⁴⁵⁷⁸. Il convient donc de déterminer « la nature de l'endroit où la police peut réagir face à un trouble qu'elle a constaté, ce qui suppose de connaître préalablement sa faculté d'accès à ce désordre »⁴⁵⁷⁹. Cet accès varie selon « la nature du lieu, laquelle peut être déterminée par un critère : l'exigence éventuelle d'une autorisation pour pénétrer dans un endroit »⁴⁵⁸⁰. La nature du lieu oscille dès lors entre deux pôles : lieu privé et lieu public. Le premier correspond à un endroit fermé⁴⁵⁸¹, à un lieu clos⁴⁵⁸², à celui dans lequel nul ne peut pénétrer sans une autorisation de son occupant légitime ou l'existence d'un titre de contrainte qui permette une entrée coercitive⁴⁵⁸³. Telle est la conception de la Cour de cassation pour qui « le lieu privé, au sens de l'article 226-1 du Code pénal, s'entend de l'endroit qui n'est ouvert à personne, sauf autorisation de celui qui l'occupe »⁴⁵⁸⁴. Le second évoque un lieu ouvert, dont l'accès n'exige aucune permission de cet occupant et où tout le monde demeure admis. Il s'agit, par exemple, des cafés, magasins⁴⁵⁸⁵, commerces d'alimentation⁴⁵⁸⁶... Entre ces lieux clos et ouverts, il existe également des lieux mixtes, qui consistent dans des bâtiments comportant à la fois une partie ouverte à toute personne et une partie accessible au seul occupant, tels que les commerces et services publics, ou des lieux alternatifs en ce qu'ils recouvrent alternativement l'une ou l'autre de ces deux natures suivant la volonté de leur occupant⁴⁵⁸⁷.

⁴⁵⁷⁸ La régularité de leurs constatations ultérieures en dépend.

⁴⁵⁷⁹ J. BUISSON, *L'acte de police*, *op. cit.*, p. 569.

⁴⁵⁸⁰ J. BUISSON, note sous Cass. crim., 6 déc. 2005, *Procédures*, 2006, comm. n°57.

⁴⁵⁸¹ La notion de lieu privé n'est utilisée qu'aux articles 226-1 du C.P. et 706-96 du C.P.P.

⁴⁵⁸² Selon M. BUISSON, il faut préférer l'expression de « lieu clos » à celle de « lieu privé ». Elle apparaît « plus opératoire dans le droit de la police en ce qu'elle exprime cette nécessité, pour la force publique, d'obtenir l'autorisation de son occupant avant que d'y pénétrer ». D'ailleurs, la chambre criminelle a employé l'expression de « lieu clos » dans sa définition de la perquisition : V. J. BUISSON, note préc. sous Cass. crim., 6 déc. 2005.

⁴⁵⁸³ Pour un titre de contrainte délivré pour la recherche du délit de travail dissimulé : art. 78-2-1 du C.P.P., qui autorise, avant de procéder à un contrôle d'identité, une pénétration coercitive dans un lieu clos aux fins de contrôle de l'application de la loi. V. Cass. crim., 15 fév. 2005, *Procédures*, 2005, comm. n°138, note J. BUISSON ; Cass. crim., 25 juin 2014, n°14-81647, préc., même s'il y avait de toute façon situation de flagrance en l'espèce.

⁴⁵⁸⁴ Cass. crim., 28 nov. 2006, Inédit, n°06-81200 ; V. aussi, CA Besançon, 5 janv. 1978, *jurisp.*, p. 357, note R. LINDON, selon laquelle le lieu privé « doit être conçu comme un endroit qui n'est ouvert à personne sauf autorisation de celui qui l'occupe d'une manière permanente ou temporaire ».

⁴⁵⁸⁵ Cass. crim., 14 mars 1984, *Bull. crim.*, n°110.

⁴⁵⁸⁶ V. par ex., Cass. crim., 5 fév. 2008, *Procédures*, 2008, comm. n°219, note J. BUISSON ; *Rev. sc. crim.*, 2009, p. 889, obs. J. BUISSON, pour une solution fondée sur l'article L. 215-3 du Code de la consommation. Ce texte habilite les agents énumérés pour le constat de certaines infractions à pénétrer entre 8 heures et 20 heures dans les lieux utilisés à des fins professionnelles et dans les lieux d'exécution d'une prestation de service ou à procéder au contrôle du chargement des véhicules utilisés aux mêmes fins et de ses conditions de conservation.

⁴⁵⁸⁷ J. BUISSON, *L'acte de police*, *op. cit.*, p. 570 et 573 ; J. BUISSON, note sous Cass. crim., 5 fév. 2008, *Procédures*, 2008, comm. n°219, citant le débit de boissons qui peut devenir un lieu clos à partir du moment où le cafetier décide de le fermer au public.

927. C'est à propos des lieux clos que la question de la légalité de l'accès des enquêteurs au lieu de la constatation de l'infraction se pose avec le plus d'acuité. Sans doute les domiciles occupent une place principale au sein de cette catégorie, mais celle-ci ne les comprend pas uniquement, elle se révèle plus vaste⁴⁵⁸⁸. La règle suivant laquelle les autorités répressives doivent disposer d'une autorisation légale afin d'exécuter des actes coercitifs dans de tels endroits s'avère indispensable à la protection des libertés individuelles⁴⁵⁸⁹. Ont été considérés comme des lieux clos, les locaux d'une entreprise ou d'une administration, un atelier de ciselure et une fonderie⁴⁵⁹⁰, le bloc opératoire d'un hôpital⁴⁵⁹¹, la cour close d'un immeuble⁴⁵⁹², des parties communes d'une copropriété ou d'un immeuble selon le juge pénal⁴⁵⁹³ et constitutionnel⁴⁵⁹⁴. Un véhicule automobile, non spécialement aménagé à usage d'habitation, ne saurait enfin s'analyser comme un domicile. Il constitue néanmoins un lieu privé⁴⁵⁹⁵.

928. La qualification exacte du lieu concerné s'avère essentielle du point de vue des garanties entourant l'acte coercitif. Dans son deuxième alinéa, l'article 706-96 du C.P.P. énonce que si le

⁴⁵⁸⁸ V. C.C., 29 déc. 1983, n°83-164 DC, préc., cons. 28, faisant référence à « des investigations dans des lieux privés » ; C.C., 13 août 1993, n°93-325 DC, préc., cons. 76 ; C.C., 22 avril 1997, n°97-389 DC, préc., cons. 76, admettant, « eu égard à la nécessité de lutter contre le travail illégal, (...) la possibilité d'opérer des visites dans des lieux privés à usage professionnel ». Les O.P.J. sont autorisés à entrer dans de tels lieux, ainsi que dans leurs annexes et dépendances, sauf s'ils constituent un domicile (art. 78-2-1 du C.P.P.).

⁴⁵⁸⁹ En effet, si l'O.P.J. a pénétré légalement dans un lieu clos de manière coercitive (ou éventuellement après accord du maître des lieux en enquête préliminaire), il peut procéder à tous les actes autorisés par la loi, dont le constat d'une infraction flagrante, sans que puissent être invoquées les dispositions de l'article 76 du C.P.P. V. not., Cass. crim., 2 oct. 2013, Bull. crim., n°186 ; A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 138, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; V. GEORGET, Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2014, chron. « un an de... » n°1, spéc. n°8. Il ressort de l'arrêt que les policiers, agissant en enquête préliminaire, sont habilités à procéder à des constatations dans les parties communes d'un immeuble, nonobstant l'absence d'autorisation expresse donnée par le syndic pour y pénétrer, lorsque celles-ci sont librement accessibles. Cette jurisprudence « favorable aux services de police à vocation à jouer chaque fois qu'un tel accès n'implique pas la tabulation d'un code ou l'utilisation d'une clef ou encore, en cas d'absence de restriction "physique", à défaut de signallement visible à l'entrée de l'immeuble en interdisant l'entrée aux personnes autres que les occupants légitimes » (J. LASSERRE-CAPDEVILLE, obs. préc., A.J. pénal, 2014, jurisp., spéc. p. 139).

⁴⁵⁹⁰ Cass. crim., 17 oct. 1995, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°171, note J. BUISSON.

⁴⁵⁹¹ Cass. crim., 27 nov. 1996, Bull. crim., n°431 (arrêt n°2), refusant la qualification de domicile.

⁴⁵⁹² Cass. crim., 26 sept. 1990, J.C.P., 1990, IV, p. 425. La solution est implicite mais acquise, la Cour ayant posé que « lorsqu'elle n'est pas close, une cour d'immeuble ne peut (...) être assimilée à un domicile ».

⁴⁵⁹³ Cass. crim., 27 mai 2009, Bull. crim., n°108, préc., pour des emplacements de stationnement fermés dont l'accès nécessitait l'usage d'une télécommande ; Cass. crim., 22 nov. 2011, Bull. crim., n°234, préc., précisant que « le parking souterrain d'un immeuble d'habitation constitue un lieu privé et non un lieu d'habitation, au sens de l'article 706-96 du C.P.P. » ; Cass. crim., 23 janv. 2013, Bull. crim., n°29, préc. ; Cass. crim., 26 juin 2013, Inédit, n°12-85116. L'article L. 126-1 du Code de la construction et de l'habitation confirme le statut de lieu privé du parking souterrain d'un immeuble. Il prévoit que « les propriétaires ou exploitants d'immeubles à usage d'habitation (...) peuvent accorder à la police et à la gendarmerie nationales (...) une autorisation permanente de pénétrer dans les parties communes de ces immeubles ». Sur le refus de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité relative à ce texte : Cass. crim., 20 fév. 2013, Inédit, n°12-85116. V. G. BEAUSSONIE, De l'opération de perquisition effectuée ou débutée dans la partie commune d'un habitat collectif, Gaz. pal., 9-11 fév. 2014, n°40 à 42, p. 9 et s.

⁴⁵⁹⁴ C.C., 25 fév. 2010, n°2010-604 DC, *Loi n°2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, J.O. du 3 mars 2010, p. 4312, cons. 23, où pour exercer sa censure, le Conseil relève que « le législateur a permis la transmission aux services de police et de gendarmerie nationales (...) d'images captées par des systèmes de vidéosurveillance dans des parties non ouvertes au public d'immeubles d'habitation sans prévoir les garanties nécessaires à la protection de la vie privée des personnes qui résident ou se rendent dans ces immeubles ».

⁴⁵⁹⁵ Cass. crim., 8 nov. 1979, Bull. crim., n°311 (affaire *Trignol*) ; Cass. crim., 28 nov. 2006, Inédit, n°06-81200, préc. ; V. pourtant, Cass. crim., 23 juin 1964, D., 1964, jurisp., p. 578 ; J.C.P., 1965, II, 14080, obs. E. B., où la Cour avait fait respecter l'inviolabilité du coffre du véhicule.

dispositif technique permettant les sonorisations et fixations d'images doit être installé dans un lieu d'habitation, et en dehors des heures légales, le juge des libertés et de la détention doit délivrer une autorisation spéciale après avoir été saisi à cette fin par le juge d'instruction. La décision du magistrat instructeur suffit donc *a contrario* lorsque le dispositif est mis en œuvre dans un autre lieu privé qu'un lieu d'habitation⁴⁵⁹⁶. Une autre interrogation se pose, celle de savoir si un lieu clos non constitutif d'un domicile bénéficie également d'une protection renforcée durant les heures légales de nuit (21 heures à 6 heures). D'après la doctrine⁴⁵⁹⁷, il faudrait distinguer selon l'acte en cause en vertu de la jurisprudence constitutionnelle⁴⁵⁹⁸. L'inviolabilité de la protection nocturne doit s'appliquer à tout lieu clos s'il s'agit d'actes coercitifs, le législateur devant nécessairement encadrer de garanties les dérogations apportées à ce principe⁴⁵⁹⁹. En revanche, un pouvoir d'introduction nocturne doit être reconnu dans les locaux professionnels aux fins d'y contrôler l'application de la loi et des règlements, sauf à détourner la loi de sa finalité et à considérer que pendant la nuit, ces locaux sont soustraits à tout contrôle étatique de la légalité et les salariés à toute protection⁴⁶⁰⁰. Dans cette dernière hypothèse, le législateur exclut d'ailleurs en général les domiciles⁴⁶⁰¹.

929. Lieu clos spécifique, siège de la vie privée et de l'intimité des individus, le domicile fait l'objet d'une protection accrue contre les actes coercitifs (protection nocturne, formalisme avec la présence ou la représentation de la personne soupçonnée ou mise en examen...). Il est protégé contre les visites, perquisitions et saisies⁴⁶⁰². Compte tenu de son aspect protéiforme, la notion de domicile apparaît difficile à appréhender⁴⁶⁰³. Selon l'article 102 du Code civil, « le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement ». Distinct de la notion de résidence, il permet de localiser la personne. En droit pénal, le domicile correspond, « sur un plan plus concret, à un lieu physique où la personne est chez elle et abrite son intimité »⁴⁶⁰⁴. La

⁴⁵⁹⁶ V. en ce sens aussi, L. ASCENCI, obs. sur Cass. crim., 27 mai 2009, A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 367.

⁴⁵⁹⁷ J. BUISSON, note préc. sous Cass. crim., 6 déc. 2005.

⁴⁵⁹⁸ V. C.C., 29 déc. 1983, n°83-164 DC, préc.

⁴⁵⁹⁹ J. BUISSON, note préc. sous Cass. crim., 6 déc. 2005.

⁴⁶⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁶⁰¹ Sur l'importance du lieu d'exécution de l'acte coercitif et la qualification de l'opération, V. en matière douanière : Cass. crim., 5 nov. 2003, Dr. pénal, 2004, comm. n°24, note J.-H. ROBERT ; Cass. crim., 23 janv. 2008, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 143, obs. G. ROUSSEL.

⁴⁶⁰² La protection de l'inviolabilité du domicile a été évoquée comme motif d'annulation de commissions rogatoires générales dans l'affaire *Isnard* (Cass. crim., 22 janv. 1953, préc., J.C.P., 1953, II, 7456, rapp. J. BROUCHOT). V. aussi, Cass. crim., 21 mars 1957, D., 1957, jurisp., p. 482. Sur la question, M.-C. NAGOUAS-GUERIN, Le doute en matière pénale, *op. cit.*, n°231, p. 151 : « L'objectif majeur de cette jurisprudence est de ne pas laisser à la discrétion de la police judiciaire des mesures coercitives parfois attentatoires à l'inviolabilité du domicile, en dehors de tout contrôle du juge d'instruction, ce qui constituerait un abandon de pouvoirs d'autant plus critiquable que la juridiction judiciaire est gardienne des libertés individuelles ».

⁴⁶⁰³ Pour une approche générale de la notion, H. MUIR-WATT, Domicile, *in* Dictionnaire de la culture juridique, P.U.F.-Lamy, Quadrige, 2003, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), p. 410 et s.

⁴⁶⁰⁴ A. LEPAGE, Le Code pénal et la protection de la personnalité (...), *op. cit.*, n°14, p. 517, précisant que « nulle autonomie conceptuelle du droit pénal ne perce dans l'approche pénaliste du domicile, parce qu'il s'agit moins, dans cette comparaison, de deux conceptions différentes d'une même notion que de deux notions différentes réunies sous le même vocable ». V. cependant, B. THELLIER DE PONCHEVILLE, La condition préalable de l'infraction, P.U.A.M., 2010, préf. A. VARINARD, n°144 et 145, p. 93 et 94.

chambre criminelle le définit non pas seulement comme le lieu où une personne a son principal établissement, mais comme celui où qu'elle y habite ou non, elle a le droit de se dire chez elle, quels que soient le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux⁴⁶⁰⁵. Pour la Cour de Strasbourg, « il est à l'évidence souhaitable que tout être humain dispose d'un endroit où il puisse vivre dans la dignité et qu'il puisse désigner comme son domicile »⁴⁶⁰⁶. Elle considère comme ce dernier, protégé au titre du respect dû à la vie privée, le siège social d'une entreprise faisant l'objet de visites et saisies⁴⁶⁰⁷.

930. La définition de la notion de domicile fournie par le juge pénal apparaît extensive⁴⁶⁰⁸. D'un côté, elle s'accommode mal des principes généraux du droit pénal, régi par l'interprétation stricte aux termes de l'article 111-4 du C.P. Ce juge a également admis qu'une personne morale dispose d'un domicile dont elle peut se voir victime d'une violation⁴⁶⁰⁹. En se référant à la notion de local habitable⁴⁶¹⁰, sa définition permet, d'un autre côté, d'englober des lieux divers et de les soumettre à une protection renforcée. Cela est appréciable pour la sauvegarde des libertés individuelles⁴⁶¹¹. Les dispositions relatives aux visites domiciliaires, perquisitions et saisies peuvent recevoir application dès lors que ces visites concernent des véhicules spécialement aménagés à usage d'habitation et utilisés comme résidence⁴⁶¹². De même, doit être assimilée à un domicile, au point de vue de l'inviolabilité, une chambre d'hôtel⁴⁶¹³, une chambre louée meublée⁴⁶¹⁴, une maison louée même inhabitée⁴⁶¹⁵, un

⁴⁶⁰⁵ Cass. crim., 26 fév. 1963, Bull. crim., n°92 ; Cass. crim., 13 oct. 1982, Bull. crim., n°218 ; Cass. crim., 24 juin 1987, Bull. crim., n°267 ; Cass. crim., 22 janv. 1997, Bull. crim., n°31 ; Cass. crim., 30 oct. 2006, Bull. crim., n°261 ; Dr. pénal, 2007, comm. n°7, note M. VERON.

⁴⁶⁰⁶ CEDH, 18 janv. 2001, *Chapman / Royaume-Uni*, n°27238/95, §99.

⁴⁶⁰⁷ CEDH, 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres / France*, n°37971/97, préc. ; *Adde*, CEDH, 16 déc. 1992, *Niemietz / Allemagne*, n°13710/88, préc., §30. Cette solution s'opposait à celle retenue par la CJCE : V. CJCE, 21 sept. 1989, *Hoechst AG / Commission des Communautés européennes*, Rec. CJCE, p. 2859, §18 ; D., 1990, somm. comm., p. 112, obs. C. GAVALDA et C. LUCAS DE LEYSSAC. Mais le juge communautaire est revenu sur sa position : CJCE, 22 oct. 2002, *Roquette Frères SA / Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, C-94/00, Rec. CJCE, I, p. 9011, not. §27 à 48. Pour une étude d'ensemble sur cette évolution, E. DEAL, L'inviolabilité du domicile « privé » dans la décision n°2004-492 DC du Conseil constitutionnel français : mise en perspective au sein des jurisprudences européennes et influence de la « théorie des sphères », Cah. dr. eur., 2004, p. 157 et s., not. n°20, p. 168 à n°34, p. 177.

⁴⁶⁰⁸ Dénonçant déjà une extension abusive de la notion : J. BUISSON, L'acte de police, *op. cit.*, p. 571 et 572.

⁴⁶⁰⁹ Cass. crim., 23 mai 1995, Bull. crim., n°193 ; R.T.D.civ., 1996, p. 130, obs. J. HAUSER.

⁴⁶¹⁰ La notion de domicile suppose une occupation effective des lieux (Cass. crim., 30 oct. 2006, préc.), ou tout au moins d'avoir déjà occupé les lieux (Cass. crim., 13 oct. 1982, préc.).

⁴⁶¹¹ D'autant plus lorsqu'il s'agit du domicile *stricto sensu*. La réserve formulée par le juge constitutionnel à propos des sonorisations et fixations d'images est donc la bienvenue. Il a limité les enregistrements à ceux uniquement utiles à la manifestation de la vérité et a posé que « le législateur a nécessairement entendu que les séquences de la vie privée étrangères aux infractions en cause ne puissent en aucun cas être conservées dans le dossier de la procédure » : C.C., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, préc., cons. 65 et 66.

⁴⁶¹² Art. 78-2-2, al. 4 du C.P.P. Sur ce point, H. MATSOPOULOU, Les évolutions récentes (...), *op. cit.*, p. 423 à 426.

⁴⁶¹³ Cass. crim., 31 janv. 1914, Bull. crim., n°74.

⁴⁶¹⁴ Cass. crim., 26 fév. 1963, préc.

⁴⁶¹⁵ Cass. crim., 13 oct. 1982, préc.

bureau⁴⁶¹⁶. Les dépendances étroites et immédiates de ces locaux sont encore concernés, tels que balcons, vérandas, jardins, cours fermées, box de garage⁴⁶¹⁷.

931. En revanche, ne sauraient être considérés comme un domicile les lieux inhabitables, les lieux non clos ou encore ceux, habitables et clos, mais insusceptibles d'une jouissance privative. C'est, à titre d'exemple, le cas d'une hutte de chasse⁴⁶¹⁸, d'un bateau non aménagé et ne servant qu'au transport⁴⁶¹⁹, d'un local réservé à la vente⁴⁶²⁰, d'un appartement dévasté par un incendie⁴⁶²¹, d'un logement vacant, inoccupé et dépourvu de tout mobilier entre deux locations⁴⁶²² ou bien d'une loge de spectacle mise à la disposition d'un chef d'orchestre⁴⁶²³. Eu égard à la protection dont jouit le domicile, l'attribution de cette qualification à un lieu reste essentielle. Le Conseil constitutionnel participe à sa préservation⁴⁶²⁴. Pourtant, la Cour de cassation n'astreint aucune limite aux O.P.J. lors d'une enquête sur infraction flagrante, lesquels se voient autorisés à perquisitionner chez un tiers⁴⁶²⁵. Cette interprétation apparaît peu conforme à la rédaction de l'article 56, alinéa 1, du C.P.P. Ce texte permet les perquisitions chez toute personne qui « paraît avoir participé au crime ou détenir des pièces, informations ou objets » relatifs à celui-ci. « Il en résulte donc qu'un lien doit être établi entre l'infraction flagrante et l'individu ayant fait l'objet de la perquisition » et « les juges répressifs devraient veiller à ce que les enquêteurs indiquent clairement dans leurs procès-verbaux tous les éléments permettant de caractériser ce lien de nature à justifier les graves intrusions dans la vie privée d'autrui »⁴⁶²⁶.

932. Cela étant, il existe des domiciles, plus généralement certains lieux, soumis à une protection renforcée contre les actes coercitifs. Si aujourd'hui les lieux de culte⁴⁶²⁷ et les universités ne font plus l'objet d'une protection spécifique, il subsiste des règles protectrices fondées sur le respect des normes

⁴⁶¹⁶ Cass. crim., 24 juin 1987, préc.

⁴⁶¹⁷ Cass. crim., 7 mars 2007, Inédit, n°06-88651 (l'intéressé disposait, en l'espèce, de la clé de la porte du box et de la télécommande ouvrant l'accès au parking et apparaissait être l'utilisateur de ce box). Sur la question, H. VLAMYNCK, Le policier et le principe de l'inviolabilité du domicile, A.J. pénal, 2011, p. 352 et s., not. p. 353.

⁴⁶¹⁸ Cass. crim., 9 janv. 1992, Bull. crim., n°6 ; J.C.P., 1992, IV, 1205, car il s'agit d'un « poste d'observation pour le chasseur, dépourvu des équipements les plus élémentaires propres à caractériser le domicile ».

⁴⁶¹⁹ Cass. crim., 20 nov. 1984, Bull. crim., n°355 (petite embarcation mesurant cinq mètres).

⁴⁶²⁰ Cass. crim., 4 mai 1994, Dr. pénal, 1994, chron. n°59 par V. LESCLOUS et C. MARSAT.

⁴⁶²¹ Cass. crim., 31 mai 1994, Dr. pénal, 1994, chron. n°59 par V. LESCLOUS et C. MARSAT (2^{ème} espèce).

⁴⁶²² Cass. crim., 22 janv. 1997, préc. ; Rapp., Cass. crim., 30 oct. 2006, préc.

⁴⁶²³ Cass. crim., 6 déc. 2005, R.P.D.P., 2006, p. 139, obs. C. AMBROISE-CASTEROT ; R.P.D.P., 2007, p. 724, obs. J. BUISSON. La chambre criminelle, dont la solution semble s'opposer à celle retenue pour le bureau, use cependant d'un critère temporel dans son attendu (loge mise « provisoirement » à la disposition de l'intéressé). Ainsi qu'on l'a fait remarquer, « *a contrario*, la solution eut été différente, sans doute, si le chef d'orchestre était lié pour un long temps à l'établissement », mais « à partir de combien de jours la loge devient-elle un domicile » ? Ce critère temporel mérite d'être précisé : C. AMBROISE-CASTEROT, obs. sur Cass. crim., 6 déc. 2005, R.P.D.P., 2006, p. 139, spéc. p. 142. La Cour européenne retient une solution identique, jugeant qu'une loge d'artiste n'est pas un domicile : CEDH (déc. rec.), 3 nov. 2009, *Hartung / France*, n°10231/07 ; R.I.D.P., 2010, p. 335, n°23, obs. C. MICHALSKI.

⁴⁶²⁴ Pour le même constat, E. DEAL, *op. cit.*, n°56, p. 192 et 193.

⁴⁶²⁵ Cass. crim., 12 mai 2009, Bull. crim., n°90, préc.

⁴⁶²⁶ H. MATSOPOULOU, note sous Cass. crim., 12 mai 2009, D., 2009, p. 2900, spéc. p. 2904. Rapp., pour le contentieux spécifique de la recherche de pratiques anticoncurrentielles : Cass. crim., 8 sept. 2010, Bull. crim., n°132.

⁴⁶²⁷ V. Cass. crim., 17 déc. 2002, Procédures, 2003, comm. n°74, note J. BUISSON.

internationales ou constitutionnelles, du secret professionnel et des droits de la défense, de la liberté d'expression ou du secret militaire ou de la défense nationale⁴⁶²⁸. En ce qui concerne d'abord les locaux de la mission diplomatique, l'article 22.1 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques⁴⁶²⁹ précise qu'ils sont « inviolables » et qu'il « n'est pas permis aux agents de l'Etat accréditaire d'y pénétrer, sauf avec le consentement du chef de la mission ». Son article 22.3 dispose encore qu'ils ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution. Cette inviolabilité s'étend au domicile privé de l'agent diplomatique⁴⁶³⁰. Celle des locaux consulaires est prévue, elle, par l'article 31.1 de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires. Ses règles sont moins protectrices. Seule « la partie des locaux consulaires que le poste consulaire utilise exclusivement pour les besoins de son travail » est protégée⁴⁶³¹. Le domicile des agents consulaires ne profite pas de l'invocabilité.

933. En dépit de son importance sur le plan des principes, force est de reconnaître qu'aucune disposition légale ou constitutionnelle ne règle la question des perquisitions au sein d'une assemblée parlementaire ou à la présidence de la République⁴⁶³². Une perquisition exécutée au Parlement paraît subordonnée à une autorisation du président de l'assemblée concernée⁴⁶³³. Pour ce qui a trait à la présidence de la République, la Cour de cassation n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce problème juridique. L'invocabilité a toutefois été opposée en pratique à des magistrats qui souhaitaient réaliser cet acte coercitif au nom du principe de la séparation des pouvoirs. Enfin, aucune règle constitutionnelle n'empêche l'accomplissement d'une perquisition au sein d'un ministère, y compris dans les locaux placés sous la direction du Premier ministre⁴⁶³⁴.

934. Le Code de procédure pénale prévoit des garanties importantes dès lors que l'acte coercitif risque d'engendrer une violation du secret professionnel et des droits de la défense. Il s'agit des perquisitions et saisies opérées dans le cabinet d'un avocat, médecin, notaire et huissier⁴⁶³⁵. L'énumération à laquelle procèdent les articles 56-1 et 56-3 du C.P.P. s'avère limitative⁴⁶³⁶. Les locaux professionnels d'un mandataire judiciaire ne sont donc pas des lieux protégés, ils ne bénéficient

⁴⁶²⁸ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2345.

⁴⁶²⁹ Entrée en vigueur le 24 avril 1964. Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 500, p. 95.

⁴⁶³⁰ Art. 30.1 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961.

⁴⁶³¹ Art. 31.2 de la Convention de Vienne du 24 avril 1963. Cet article précise aussi qu'il est toujours possible aux autorités de l'Etat résidentes de pénétrer dans les locaux consulaires avec le consentement du chef de poste, de la personne désignée par lui ou du chef de la mission diplomatique de l'Etat d'envoi.

⁴⁶³² Sur ce constat, F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2347.

⁴⁶³³ *Ibid.*

⁴⁶³⁴ *Ibid.*

⁴⁶³⁵ Il existe une obligation générale d'assurer le respect du secret professionnel et des droits de la défense au sein du Code de procédure pénale. En effet, l'O.P.J. ou le juge d'instruction qui accomplit une perquisition a « l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense » : art. 56, al. 3 du C.P.P. et par renvoi, art. 76, al. 3 et 96, al. 3 du C.P.P.

⁴⁶³⁶ L'article 56-3 du C.P.P. a été modifié par la loi n°2011-94 du 25 janvier 2011 portant réforme de la représentation devant les cours d'appel, J.O. du 26 janv. 2011, p. 1544. Le terme « avoué » a été supprimé de la liste des professions énumérées à l'article 56-3.

pas des garanties particulières posées par ces textes⁴⁶³⁷. En raison du risque sérieux d'atteinte aux droits de la défense⁴⁶³⁸, les perquisitions et saisies effectuées au cabinet d'un avocat⁴⁶³⁹, ou à son domicile⁴⁶⁴⁰, appellent une protection supplémentaire. Elles exigent « des garanties spéciales de procédure », même s'il s'agit d'un avocat étranger exerçant ponctuellement sa profession en France⁴⁶⁴¹. Elles ne peuvent être pratiquées que par un magistrat et requièrent la présence d'un représentant de la profession comme celles concernant les médecins, notaires et huissiers⁴⁶⁴², en l'occurrence le bâtonnier ou son délégué. Elles doivent en plus résulter d'une décision écrite et motivée prise par le magistrat chargé d'y procéder⁴⁶⁴³. Cette décision indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci⁴⁶⁴⁴. Son contenu est porté dès le début de l'acte à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué⁴⁶⁴⁵. Cette formalité délimite le champ de la saisie⁴⁶⁴⁶, laquelle s'analyse en une ingérence dans les droits garantis par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme⁴⁶⁴⁷.

⁴⁶³⁷ Cass. crim., 18 juin 2003, Dr. pénal, 2003, comm. n°116 (1^{er} arrêt), note A. MARON ; Procédures, 2003, comm. n°222, note J. BUISSON.

⁴⁶³⁸ La jurisprudence a ainsi considéré comme valide la saisie opérée au cabinet d'un avocat, d'un document couvert par le secret professionnel mais ne concernant pas les droits de la défense : Cass. crim., 30 juin 1999, J.C.P., 1999, II, 10177, note R. MARTIN ; Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°174, note J. BUISSON ; Cass. crim., 27 juin 2001, Procédures, 2001, comm. n°220, note J. BUISSON. Bien entendu, la saisie de documents est valable dès lors qu'elle est en relation directe avec une infraction poursuivie : Cass. crim., 14 janv. 2003, Procédures, 2003, comm. n°152, note J. BUISSON.

⁴⁶³⁹ Sur le secret du cabinet d'avocat : D. LUCIANI-MIEN, L'effectivité des droits de la défense (...), *op. cit.*, n°164 et s., p. 146 et s.

⁴⁶⁴⁰ Ce qui marque déjà une différence importante avec les autres professions citées, puisque l'article 56-3 du C.P.P. mentionne « les perquisitions **dans le cabinet** d'un médecin, d'un notaire ou d'un huissier » et passe sous silence le domicile de ces personnes. Il est donc possible d'y perquisitionner sans respecter les formalités prévues par l'article 56-3. V. Cass. crim., 8 juin 1999, Bull. crim., n°124, jugeant qu'une chambre d'hôtel, occupée par le médecin d'une équipe cycliste, ne peut être considérée comme un cabinet médical.

⁴⁶⁴¹ CEDH, 21 janv. 2010, *Xavier Da Silveira / France*, n°43757/05, §37 et 43 ; J.C.P., 2010, Note, 583, note K. GRABARCZYK ; A.J. pénal, 2010, jurisp., p. 233, note C. PORTERON ; Rev. sc. crim., 2010, p. 702, obs. D. ROETS.

⁴⁶⁴² Art. 56-3 du C.P.P.

⁴⁶⁴³ Art. 56-1 du C.P.P. ; C. CHARRIERE-BOURNAZEL, Les contraintes appliquées à un avocat : perquisitions et interceptions des communications téléphoniques, *op. cit.*, p. 54.

⁴⁶⁴⁴ L'article 56-1, al. 2 du C.P.P. ajoute que le magistrat qui pratique la perquisition « veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat » ; Cass. crim., 1^{er} mars 2006, Bull. crim., n°60.

⁴⁶⁴⁵ Sur l'importance de la présence du bâtonnier, le juge européen exigeant des garanties particulières pour les perquisitions et saisies dans le cabinet d'un avocat : CEDH, 1^{er} sept. 2009, *Jacquier / France*, n°45827/07 (irrecevabilité) ; D., 2009, pan., p. 2774, n°4, obs. J.-F. RENUCCI ; CEDH, 21 janv. 2010, *Xavier Da Silveira / France*, préc., §43 *in fine*.

⁴⁶⁴⁶ A laquelle le bâtonnier peut s'opposer. Il peut former opposition devant le juge des libertés et de la détention contre la saisie de tous documents écrits, objets ou données informatiques, saisis lors de la perquisition au cabinet ou au domicile d'un avocat (procédure dite du « référé-confidentialité » ou « référé-bâtonnier ») : Cass. crim., 8 août 2007, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 492, obs. C. SAAS ; Procédures, 2007, comm. n°264, note J. BUISSON. Le juge des libertés compétent peut appartenir à la même juridiction que le juge d'instruction qui a mené la perquisition litigieuse, même si celle-ci a été effectuée dans un autre ressort : Cass. crim., 22 juin 2005, Dr. pénal, 2005, comm. n°166, note A. MARON ; Procédures, 2005, comm. n°237, note J. BUISSON. Récemment, si la chambre criminelle a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article 56-1 du C.P.P. (Cass. crim., 3 avril 2013, Bull. crim., n°75, préc.), elle a exigé un contrôle renforcé de l'autorité judiciaire sur les saisies ordonnées dans le cabinet d'un avocat (Cass. crim., 25 juin 2013, Bull. crim., n°155, préc.). La doctrine dénonce pourtant les insuffisances du droit interne à cet égard, notamment les procédures de saisies : P. HENNION-JACQUET, Que reste-t-il du secret des correspondances entre l'avocat et son client ? A propos de l'inadaptation des procédures de saisies aux principes communautaires, conventionnels et constitutionnels, D., 2013, chron., p. 1429 et s., not. n°5 à 11, p. 1430 à 1432.

⁴⁶⁴⁷ V. CEDH, 16 oct. 2007, *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH / Autriche*, n°74336/01, §45, estimant que la fouille et la saisie de données électroniques dans les locaux professionnels d'un avocat s'analysent en une ingérence dans le droit des requérants au respect de leur « correspondance » au sens de l'article 8.

935. Quant aux perquisitions menées dans une entreprise ou agence de presse, de communication audiovisuelle ou au public en ligne, dans les véhicules professionnels de ces entreprises ou agences ou au domicile d'un journaliste lorsque les investigations sont liées à son activité professionnelle, elles se trouvent mieux encadrées depuis la loi du 4 janvier 2010 afin de protéger la liberté d'expression⁴⁶⁴⁸. L'article 56-2 du C.P.P. (auquel renvoient les articles 76 et 96) les confie à un magistrat. Celui-ci ne peut jamais déléguer les opérations à un O.P.J.⁴⁶⁴⁹. Il a pour mission de veiller à ce que « les investigations conduites respectent le libre exercice de la profession de journaliste, ne portent pas atteinte au secret des sources en violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et ne constituent pas un obstacle ou n'entraînent pas un retard injustifié à la diffusion de l'information »⁴⁶⁵⁰. Affirmée par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁴⁶⁵¹, la liberté d'expression ne saurait subir une atteinte disproportionnée⁴⁶⁵². C'est pourquoi la juridiction saisie d'une requête en nullité doit assurer un contrôle effectif sur ces actes coercitifs⁴⁶⁵³. Il faut qu'ils respectent l'exigence de proportionnalité⁴⁶⁵⁴.

936. Du point de vue de la préservation des sources du journaliste, l'adoption de la loi du 4 janvier 2010 constitue un progrès patent⁴⁶⁵⁵. Cette réforme attendue⁴⁶⁵⁶, surtout pour la mise en conformité du

⁴⁶⁴⁸ Loi n°2010-1 du 4 janv. 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes, J.O. du 5 janv. 2010, p. 272, préc. Antérieurement à cette loi, l'article 56-2 du C.P.P. n'entourait pas de garanties spécifiques les perquisitions accomplies au domicile d'un journaliste. Le juge pénal avait alors exclu du champ d'application de ce texte un tel domicile : Cass. crim., 30 oct. 2006, Bull. crim., n°258, préc. La loi du 4 janvier 2010 réalise donc un net progrès.

⁴⁶⁴⁹ Il conserve simplement la faculté de déléguer les mesures préparatoires nécessaires à l'exécution de la perquisition, qui ne se confondent pas avec l'acte lui-même : Cass. crim., 29 nov. 1995, Bull. crim., n°363 (pose de scellés provisoires sur les portes de divers bureaux de dirigeants ou d'employés, ainsi que de salles des coffres ou d'archives, aux sièges de personnes morales).

⁴⁶⁵⁰ Art. 56-2, al. 5, dans sa rédaction issue de la loi du 4 janvier 2010.

⁴⁶⁵¹ Sur ce texte : J.-F. BURGELIN, L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, Mélanges P. LEGER, Pedone, 2006, p. 127 et s. ; V. aussi, F. FOURMENT, S. LAVRIC, C. MICHALSKI et P. PIOT, La responsabilité des médias, in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. *Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, Thèmes et commentaires, V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), p. 265 et s.

⁴⁶⁵² CEDH, 25 fév. 2003, *Roemen et Schmit / Luxembourg*, préc., §56 à 60 ; CEDH, 28 juin 2012, *Ressiot et autres / France*, préc., §121 à 127 ; CEDH, 16 juill. 2013, *Nagla / Lettonie*, n°73469/10 (en anglais), §93 à 102.

⁴⁶⁵³ Cass. crim., 5 déc. 2000, J.C.P., 2001, II, 10615, note P. CONTE, préc.

⁴⁶⁵⁴ V. Cass. crim., 29 nov. 1995, préc. (solution implicite mais certaine compte tenu de la motivation approuvée par la Cour de cassation) ; Cass. crim., 5 déc. 2000, préc. ; Cass. crim., 30 oct. 2006, préc.

⁴⁶⁵⁵ La Cour européenne a fortement contribué à la protection de ce secret. Elle a estimé que compte tenu du rôle éminent de la presse dans une société démocratique, la possibilité pour les journalistes de conserver le secret sur l'origine de leurs informations apparaît nécessaire pour ne pas tarir leurs sources et garantir ainsi la liberté d'information : CEDH (Gr. ch.), 27 mars 1996, *Goodwin / Royaume-Uni*, n°17488/90, §39 ; J.C.P., 1997, I, 4000, n°39, obs. F. SUDRE ; CEDH, 15 déc. 2009, *Financial Times LTD et autres / Royaume-Uni*, n°821/03 ; CEDH (Gr. ch.), 14 sept. 2010, *Sanoma Uitgevers B.V. / Pays-Bas*, n°38224/03, §91 et 92 ; J.C.P., 2010, act., 951, obs. G. GONZALEZ ; R.P.D.P., 2011, p. 190, obs. P. BEAUVAIS ; R.I.D.P., 2010, p. 669, n°41, obs. F. FOURMENT, où la Cour refuse de distinguer les situations dans lesquelles un acte coercitif a été exercé sur le journaliste de celles dans lesquelles la contrainte est plus diffuse (§71 et 72). Malgré les condamnations européennes, la Cour de cassation validait les condamnations de journalistes pour recel de violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel : V. par ex., Cass. crim., 19 juin 2001, J.C.P., 2002, II, 10064, concl. D. COMMARET, note A. LEPAGE. Avec la loi du 4 janvier 2010, le nouvel alinéa de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 règle la question, disposant que « le prévenu (poursuivi des chefs de diffamation) peut produire pour les nécessités de sa défense, sans que cette production puisse donner lieu à des poursuites pour recel, des éléments provenant d'une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction ou de tout autre secret professionnel s'ils sont de nature à établir sa bonne foi ou la vérité des faits diffamatoires ». Sur cet apport de la réforme, C. AMBROISE-CASTEROT, Droits de la défense et secret de l'instruction, *op. cit.*, spéc. p. 901 et 902.

droit français à l'aune des exigences européennes, renforce le secret de leurs sources en réaffirmant le principe de la stricte nécessité et proportionnalité des actes coercitifs diligentés en la matière. Après avoir livré une définition du journaliste⁴⁶⁵⁷, le législateur pose qu'« il ne peut être porté atteinte directement ou indirectement au secret des sources que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi ». Pour apprécier la nécessité de cette atteinte, l'autorité judiciaire doit tenir compte de plusieurs éléments. Elle ne peut entamer ce principe qu'à titre exceptionnel, en raison « de la gravité du crime ou du délit, de l'importance de l'information recherchée pour la répression ou la prévention de cette infraction et du fait que **les mesures d'investigation envisagées sont indispensables à la manifestation de la vérité** »⁴⁶⁵⁸. Cette atteinte ne saurait consister en une obligation pour le journaliste de révéler ses sources⁴⁶⁵⁹.

937. Dans ce contexte, où le juge européen exerce une vigilance accrue sur la « pertinence », ainsi que sur la « suffisance » des motifs invoqués par le juge pénal français pour justifier des perquisitions et saisies d'envergure⁴⁶⁶⁰, certains arrêts de la Cour de cassation, n'intéressant certes pas ces actes coercitifs mais de simples mesures de contrainte (réquisitions adressées aux opérateurs téléphoniques aux fins d'obtention des factures détaillées des journalistes), se montrent nettement en retrait de la

⁴⁶⁵⁶ V. not., F. FOURMENT, La protection des sources du journaliste, A.J. pénal, 2007, dossier, p. 15 et s. ; A. GUEDJ, Le secret des sources des journalistes, A.J. pénal, 2009, dossier, p. 163 et s.

⁴⁶⁵⁷ Comme « toute personne qui, exerçant sa profession dans une ou plusieurs entreprises de presse, de communication au public en ligne, de communication audiovisuelle ou une ou plusieurs agences de presse, y pratique, à titre régulier et rétribué, le recueil d'informations et leur diffusion au public » (art. 2, al. 2 de la loi du 29 juill. 1881).

⁴⁶⁵⁸ Art. 2, al. 5 de la loi du 29 juill. 1881, dans sa rédaction issue de la loi du 4 janvier 2010. Certains auteurs considèrent ces formulations « bien incertaines sinon inquiétantes » et s'interrogent sur l'appréciation qui sera faite « d'un impératif prépondérant d'intérêt public » (E. DERIEUX, *op. cit.* ; Adde, J. BOSSAN, *op. cit.*, n°16). Il est vrai que la formulation retenue apparaît plutôt large. Il revient au juge d'exercer un véritable contrôle de nécessité de l'acte. Il doit vérifier si d'autres mesures ne permettent pas de connaître l'information recherchée sans porter atteinte au secret des sources. Dans l'affaire *Bettencourt*, la cour d'appel de Bordeaux a estimé que la découverte de l'auteur de cette infraction ne constituait pas « un impératif prépondérant d'intérêt public » et que la réquisition adressée aux opérateurs téléphoniques – même si elle ne constitue pas un acte coercitif *stricto sensu* – n'était ni nécessaire ni proportionnée à l'objectif poursuivi : V. J.-H. ROBERT, Du secret des sources à la réquisition des fadettes, J.C.P., 2011, 1099. Dans cette affaire dite des « fadettes du journal Le Monde » (pour factures détaillées) : Cass. crim., 6 déc. 2011, Bull. crim., n°248 ; Procédures, 2012, comm. n°47, note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Rev. sc. crim., 2012, p. 191, obs. J. DANET. La Cour de cassation approuve la chambre de l'instruction de Bordeaux et confirme l'annulation prononcée des actes de l'enquête en cause (réquisitions à opérateurs téléphoniques ; art. 60-1 et 77-1-1 du C.P.P.) dans une décision « laconique » (A.-S. CHAVENT-LECLERE, note sous cet arrêt). L'atteinte portée au secret des sources des journalistes par l'enquête diligentée à l'initiative du parquet de Nanterre n'était pas justifiée par l'existence d'un impératif prépondérant d'intérêt public et la mesure n'était pas strictement nécessaire et proportionnée au but légitime poursuivi.

⁴⁶⁵⁹ V. P. BILGER, G. DAVET, P.-Y. GAUTIER, Le secret et les journalistes, *in* Le secret et les professionnels, R.D.A., n°4, 2011, p. 64 et s., not. p. 67 et 68.

⁴⁶⁶⁰ V. CEDH, 28 juin 2012, *Ressiot et autres / France*, préc., §126 et 127 ; CEDH, 12 avril 2012, *Martin et autres / France*, préc., relevant que les justifications avancées ont été pertinentes, mais non suffisantes, car il fallait poser la question de la subsidiarité de la perquisition, celle-ci devant apparaître comme la seule mesure – *ultima ratio* – pouvant permettre au juge d'instruction de rechercher s'il y avait eu violation du secret professionnel et du recel. Or, le gouvernement français n'avait pas réussi à l'établir en l'espèce, du moins il n'avait pas démontré qu'en l'absence de l'acte coercitif « les autorités n'auraient pas été en mesure de rechercher d'abord l'existence d'une éventuelle violation du secret professionnel et, ensuite, celle du recel de cette violation par les requérants » (§86). Sur ce point, et pour une analyse critique de ces décisions, J. FRANCILLON, obs. sur CEDH, 28 juin 2012 et CEDH, 12 avril 2012, Rev. sc. crim., 2012, p. 603, spéc. p. 604 à 607. V. aussi, CEDH, 18 avril 2013, *Saint-Paul Luxembourg S.A. / Luxembourg*, n°26419/10, §58 à 63, rappelant que « les limitations apportées à la confidentialité des sources journalistiques appellent (...) l'examen le plus scrupuleux » et jugeant disproportionnées la perquisition et la saisie de données informatiques provenant de l'ordinateur d'un journaliste (violation de l'article 10 de la Convention).

protection exigée par la jurisprudence européenne⁴⁶⁶¹. Ceci vaudra sans doute une nouvelle condamnation de la France à Strasbourg. Il est temps qu'une loi nouvelle vienne protéger davantage le secret des sources des journalistes en encadrant mieux les atteintes susceptibles de lui être porté. A cet égard, un projet de loi du 12 juin 2013 a été présenté en conseil des ministres⁴⁶⁶². Celui-ci prévoit, entre autres modifications, de renforcer la protection du secret des sources dans le Code de procédure pénale, en prévoyant qu'à peine de nullité, tout acte tendant à commettre une atteinte au secret des sources devra être autorisé par ordonnance spécialement motivée du juge des libertés et de la détention et uniquement pour prévenir ou réprimer la commission soit d'un crime, soit d'un délit constituant une atteinte grave à la personne ou aux intérêts fondamentaux de la Nation. La règle s'appliquera à tous les actes de l'enquête ou de l'information : écoutes téléphoniques, réquisitions aux fins d'obtenir les facturations téléphoniques détaillées, perquisitions et saisies, bref, aux actes coercitifs et aux mesures de contrainte⁴⁶⁶³. Mais ce projet de loi se heurte à deux difficultés : la désignation de la personne à protéger et la définition de ce qui va remplacer concrètement la notion d'impératif prépondérant d'intérêt public⁴⁶⁶⁴. Ce texte, qui devait être débattu à l'Assemblée nationale le 16 janvier 2014, a été retiré de l'ordre du jour peu avant et devait être examiné durant l'été.

938. Pour l'heure et dans l'attente de la loi envisagée, la loi du 4 janvier 2010 a institué des garanties supplémentaires pour les perquisitions et saisies menées dans les entreprises de presse ou au domicile des journalistes⁴⁶⁶⁵. S'inspirant du dispositif applicable à celles effectuées dans le cabinet ou au domicile d'un avocat, ces perquisitions sont accomplies sur décision écrite et motivée du magistrat qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, ainsi que les raisons justifiant un tel acte et l'objet de celui-ci. Dès le début de l'acte coercitif, la personne présente en application de l'article 57 du C.P.P. est avisée du contenu de cette décision⁴⁶⁶⁶. Seuls le magistrat⁴⁶⁶⁷ et elle ont le droit de prendre connaissance des documents ou objets découverts avant leur saisie éventuelle. Aucune saisie ne peut avoir lieu sur des pièces étrangères, relatives à d'autres

⁴⁶⁶¹ V. not., Cass. crim., 14 mai 2013, Bull. crim., n°106 ; D., 2013, act., p. 1279 ; Procédures, 2013, comm. n°220, note (critique) A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Rev. sc. crim., 2013, p. 576, obs. J. FRANCILLON. Cet arrêt de cassation revient sur la solution retenue par Cass. crim., 6 déc. 2011, Bull. crim., n°248, préc., ayant estimé qu'une simple dénonciation de la victime ne relevait pas d'un impératif prépondérant d'intérêt public. Il décide, de manière contestable au regard de la jurisprudence européenne, que le secret des sources doit s'incliner devant le secret de l'instruction.

⁴⁶⁶² D., 2013, p. 1477.

⁴⁶⁶³ La doctrine a justement proposé d'accorder une compétence exclusive au juge des libertés et de la détention pour les actes coercitifs. V. F. FOURMENT, La protection des sources du journaliste, *op. cit.*, p. 18, pour qui « des actes coercitifs tels qu'écoutes ou perquisitions sont donc envisageables. Des garanties devraient donc encadrer ces actes. On peut imaginer la compétence exclusive du juge des libertés et de la détention pour les décider, les réaliser et s'assurer que leurs résultats ne sont pas détournés de leur objet ». Les mesures envisagées devront être, en tout cas, strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi. L'atteinte au secret des sources ne sera plus possible dans le seul but de rechercher l'auteur d'une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction d'après le projet de loi.

⁴⁶⁶⁴ P. PIOT, Perquisitions : les garanties spéciales de procédure pour les avocats et les journalistes, Gaz. pal., 9-11 fév. 2014, n°40 à 42, p. 17 et s., spéc. p. 21.

⁴⁶⁶⁵ Ce qui apparaît fondamental car, en pratique, « lorsqu'un journaliste use de sa faculté de ne pas témoigner, une perquisition peut alors être ordonnée par un juge d'instruction » : A. GUEDJ, *op. cit.*, p. 164.

⁴⁶⁶⁶ Art. 56-2, al. 2 du C.P.P.

⁴⁶⁶⁷ Membre du parquet en cas d'enquête, magistrat instructeur au cours d'une instruction.

infractions que celles inscrites dans la décision initiale⁴⁶⁶⁸. A l'instar des perquisitions concernant un avocat, l'article 56-2, alinéa 4, du C.P.P. précise que la violation de ces dispositions est sanctionnée de nullité⁴⁶⁶⁹. Dans son sixième alinéa, cet article énonce que le maître des lieux peut s'opposer à la saisie d'un indice s'il l'estime irrégulière, parce que de nature à porter atteinte au secret des sources ou constituant un obstacle ou entraînant un retard injustifié à la diffusion de l'information. Le document ou l'objet litigieux doit alors être placé sous scellé fermé et le magistrat doit rédiger un procès-verbal spécial mentionnant les objections de la personne, non joint au dossier de la procédure.

939. Ce procès-verbal et la pièce en cause placée sous scellé sont transmis sans délai au juge des libertés et de la détention, avec l'original ou une copie du dossier de la procédure, pour permettre à ce dernier de se prononcer dans les cinq jours (à compter de la réception de ces pièces) sur la contestation par ordonnance motivée non susceptible de recours⁴⁶⁷⁰. Ce juge entend, au cours d'un débat contradictoire, le magistrat qui a réalisé la perquisition et la personne présente ou encore le journaliste si l'acte a été réalisé à son domicile. Il peut ouvrir le scellé en leur présence⁴⁶⁷¹. Soit il considère que la saisie ne doit pas être maintenue, auquel cas il ordonne la restitution immédiate du document ou objet saisi, la destruction du procès-verbal spécifique et la cancellation éventuelle de toute référence à la pièce qui figurerait dans le dossier⁴⁶⁷² ; soit il décide, au contraire, de verser le scellé et le procès-verbal à la procédure en cours, ce qui permettra ultérieurement aux parties de demander l'annulation de la saisie devant la chambre de l'instruction ou la juridiction de jugement⁴⁶⁷³.

940. Il subsiste d'autres lieux dans lesquels l'exécution de l'acte coercitif suppose des garanties particulières. Aux termes de l'article 698-3 du C.P.P., lorsque le procureur de la République, le juge d'instruction et les O.P.J. sont amenés, soit à constater des infractions dans les établissements militaires, soit à rechercher, en ces mêmes lieux, des personnes ou des objets relatifs à ces infractions, ils doivent adresser à l'autorité militaire des réquisitions tendant à obtenir l'entrée dans ces établissements. Ces dispositions visent donc l'arrestation d'individus et les perquisitions et saisies. Dans ce cas et sauf nécessité contraire, les réquisitions doivent préciser la nature et les motifs des investigations jugées nécessaires. Il s'agit toutefois d'une simple information préalable, non d'une demande d'autorisation, car « l'autorité militaire est tenue de s'y soumettre et se fait représenter aux

⁴⁶⁶⁸ Art. 56-2, al. 3 du C.P.P.

⁴⁶⁶⁹ Mais ce dispositif fait déjà l'objet de critiques. V. par ex., A. CHAVAGNON, *op. cit.*, p. 276 : « C'est une protection des sources *a posteriori* qui est mise en place par le législateur. L'appréciation *a priori* de l'opportunité de la perquisition s'exerce selon des critères trop imprécis pour garantir de manière certaine une pratique respectueuse du secret des sources » ; E. DERIEUX, *op. cit.*, relevant que « si le magistrat qui procède aux perquisitions a "le droit de prendre connaissance des documents ou des objets découverts", avant même qu'il soit fait opposition à leur saisie, le secret de la source n'est-il pas ainsi violé ? A quoi servira le reste ? ».

⁴⁶⁷⁰ Art. 56-2, al. 6 *in fine* et al. 7 du C.P.P. Ce formalisme demeure une garantie. Ainsi dans l'affaire *Tillack* (CEDH, 27 nov. 2007, *Tillack / Belgique*, n°20477/05, §66), les autorités belges n'avaient pas été en mesure de remettre un inventaire des pièces saisies.

⁴⁶⁷¹ Art. 56-2, al. 8 du C.P.P.

⁴⁶⁷² Art. 56-2, al. 9 du C.P.P. Toutes les conséquences de la saisie irrégulière doivent donc disparaître.

⁴⁶⁷³ Art. 56-2, al. 10 du C.P.P.

opérations »⁴⁶⁷⁴. Aucun refus n'apparaît donc possible. Lors du déroulement des mesures coercitives, le parquetier, le juge d'instruction et les O.P.J. veillent au respect des prescriptions relatives au secret militaire avec le représentant de l'autorité militaire⁴⁶⁷⁵.

941. Jusqu'à une époque récente, la législation se révèle lacunaire sur la préservation du secret de la défense nationale susceptible d'être divulgué à l'occasion de l'exécution d'actes coercitifs⁴⁶⁷⁶. Créé par une loi du 29 juillet 2009⁴⁶⁷⁷, l'article 56-4 du C.P.P. régit les perquisitions qui concernent, à un titre ou à un autre, ce secret défense⁴⁶⁷⁸. Ce texte et d'autres (articles 413-9 à 413-12 du Code pénal, L. 2311-1 à L. 2312-8 du Code de la défense) ont fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, jugée sérieuse par la Cour de cassation, « en ce qu'elle porte sur la compatibilité des modalités prévues par les textes visés pour protéger les secrets de la défense nationale avec les principes du droit à un procès équitable et de la séparation des pouvoirs ainsi qu'avec l'objectif constitutionnel de recherche des auteurs d'infractions »⁴⁶⁷⁹. Saisi de ladite question, le Conseil constitutionnel a rendu une décision « mesurée »⁴⁶⁸⁰. Déclarant les dispositions des paragraphes I et II de l'article 56-4 du C.P.P. conformes à la Constitution, il a au contraire censuré celles de son paragraphe III et plusieurs dispositions du Code pénal et du Code de la défense⁴⁶⁸¹. De cette décision, ressort tout de même l'idée qu'« il ne saurait exister de “sanctuaire”, interdit d'accès au juge, s'opposant ainsi *a priori* à la recherche de tout élément de preuve »⁴⁶⁸².

942. Dans son paragraphe I, cet article 56-4 prévoit que lorsqu'une perquisition est envisagée dans un lieu précisément identifié, abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale, elle

⁴⁶⁷⁴ Art. 698-3, al. 2 du C.P.P.

⁴⁶⁷⁵ Lequel est tenu au respect du secret de l'enquête et de l'instruction : art. 698-3, al. 3 *in fine*.

⁴⁶⁷⁶ V. à cet égard, L. BECUYWE, Procédure pénale et secret défense, Dr. pénal, 2004, chron. n°1, dénonçant le silence de la loi et, au sujet des perquisitions et saisies, proposant une procédure qui s'inspirerait « des formes les plus contraignantes existant actuellement (...) : cabinet ou domicile d'un avocat ; entreprise de presse ; cabinet d'un médecin (...) ». La situation a bien changé : V. par ex., l'arrêté du 9 mai 2014 relatif à la protection du secret de la défense nationale au sein de la direction générale de la sécurité intérieure, J.O. du 10 mai 2014 ; Procédures, 2014, comm. n°184, obs. J. BUISSON.

⁴⁶⁷⁷ Loi n°2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense, J.O. du 31 juill. 2009, p. 12713 ; Procédures, 2009, comm. n°329, obs. J. BUISSON. ; V. aussi, pris en application de cette loi, le décret n°2010-678 du 21 juin 2010 relatif à la protection du secret de la défense nationale, J.O. du 23 juin 2010, p. 11306, et l'arrêté du 21 juin 2010 fixant en application de l'article R. 2311-9-1 du Code de la défense la liste des lieux abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale, J.O. du 23 juin 2010, p. 11308 ; Procédures, 2010, comm. n°328, obs. J. BUISSON.

⁴⁶⁷⁸ La violation des prescriptions dudit article fait encourir la nullité (art. 56-4, IV du C.P.P.).

⁴⁶⁷⁹ Cass. crim., 31 août 2011, Bull. crim., n°169, développant le caractère sérieux de cette question, « l'autorité judiciaire n'étant pas qualifiée pour accéder à des informations classifiées au titre du secret de la défense nationale (...), qu'elle ne peut avoir connaissance de telles informations que sur décision ministérielle après avis consultatif d'une autorité administrative indépendante (...) ; qu'elle ne peut pénétrer dans certains lieux classifiés qu'après leur déclassification ; qu'elle ne peut enfin procéder à des perquisitions dans ces lieux et dans ceux abritant des éléments classifiés qu'en présence du président de la commission consultative du secret de la défense nationale, sans pouvoir prendre connaissance de ces éléments ».

⁴⁶⁸⁰ C.C., Q.P.C., 10 nov. 2011, n°2011-192, *Mme Ekaterina B., épouse D., et autres*, J.O. du 11 nov. 2011, p. 19005 ; J.C.P., 2012, 176, note A. LEPAGE ; Dr. pénal, 2011, comm. n°158, note A. MARON et M. HAAS ; R.P.D.P., 2012, p. 704, obs. T.-S. RENOUX et X. MAGNON. L'adjectif « mesurée » est emprunté au professeur LEPAGE, évoquant encore « une décision en demi-teinte » dans sa note sous cette décision.

⁴⁶⁸¹ V. C.C., Q.P.C., 10 nov. 2011, préc., cons. 30 (§I), 32 (§II) et 37 (§III et autres textes). Le Conseil a reporté la date de sa déclaration d'inconstitutionnalité au 1^{er} décembre 2011 (cons. 38).

⁴⁶⁸² T.-S. RENOUX, X. MAGNON, obs. sur C.C., Q.P.C., 10 nov. 2011, R.P.D.P., 2012, p. 704.

ne peut être opérée que par un magistrat en présence du président de la commission consultative du secret de la défense nationale, ou d'un représentant désigné par ce dernier habilité à ce secret. La liste de ces lieux se trouve établie de manière limitative par arrêtée du Premier ministre. Elle est communiquée à la commission consultative du secret de la défense nationale ainsi qu'au ministre de la justice, lesquels « la rendent accessible aux magistrats de façon sécurisée »⁴⁶⁸³. Le magistrat qui entend mener une perquisition dans un tel lieu peut alors vérifier si celui-ci figure sur la liste. En toute hypothèse, il doit faire parvenir au président de cette commission, qui se transporte immédiatement sur les lieux indiqués, une décision écrite précisant les informations utiles à l'accomplissement de sa mission. Dès le début de l'acte coercitif, il informe le président de la commission et le chef de l'établissement intéressé de la nature de l'infraction ou des infractions recherchées, les raisons qui justifient cet acte, son objet et les lieux visés⁴⁶⁸⁴. La saisie ne peut porter, « comme le précise inutilement le texte à raison du principe de nécessité, que sur les éléments classifiés relatifs aux infractions poursuivies », dont seul le président de la commission précitée peut prendre connaissance, des copies devant être laissées à leur détenteur si les originaux des documents doivent être saisis⁴⁶⁸⁵.

943. L'article 56-4, II du C.P.P. précise pour sa part les règles applicables en cas de perquisition et saisie dans un lieu ordinaire mais révélant l'existence d'éléments couverts par le secret de la défense nationale. Dans cette circonstance, les éléments sont incidemment découverts. Le magistrat présent, ou immédiatement avisé par l'O.P.J., en informe le président de la commission consultative du secret de la défense nationale. Ces éléments classifiés sont placés sous scellés, sans en prendre connaissance, par le magistrat ou l'O.P.J. les ayant découverts, puis sont remis ou transmis avec précaution au président de la commission afin qu'il en assure la garde. Un procès-verbal des opérations, non joint au dossier de la procédure, doit être dressé. Leur déclassification et leur communication relèvent à nouveau de la procédure instituée aux articles L. 2312-4 et suivants du Code de la défense⁴⁶⁸⁶.

944. La censure des juges de la rue Montpensier est intervenue sur le paragraphe III de l'article 56-4 du C.P.P., qui envisageait l'hypothèse d'une perquisition menée dans un lieu classifié au titre du secret de la défense nationale dans les conditions définies à l'article 413-9-1 du Code pénal. Nécessairement effectué par un magistrat en présence du président de la commission consultative du

⁴⁶⁸³ Art. 56-4, I, al. 2 du C.P.P. ; Art. R. 2311-9-1 et s. du Code de la défense (décret du 21 juin 2010, préc. et arrêté du même jour, préc.).

⁴⁶⁸⁴ Art. 56-4, I, al. 5 du C.P.P.

⁴⁶⁸⁵ J. BUISSON, obs. sur la loi n°2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense, Procédures, 2009, comm. n°329 ; Art. 56-4, I, al. 6 du C.P.P. Puis les documents classifiés saisis sont inventoriés par le président de la commission consultative du secret de la défense nationale, placés sous scellés remis à celui-ci qui en devient gardien et conserve encore le procès-verbal d'inventaire, non joint au dossier de la procédure (art. 56-4, I, al. 7 du C.P.P.). Et la déclassification et la communication de ces éléments relèvent de la procédure prévue par les articles L. 2312-4 et suivants du Code de la défense.

⁴⁶⁸⁶ La motivation de la décision a été lapidaire sur ces dispositions. Le juge constitutionnel s'est contenté de relever que lesdites perquisitions « s'accompagnent des garanties procédurales appropriées permettant d'assurer, entre les exigences constitutionnelles précitées, une conciliation qui n'est pas déséquilibrée » : C.C., Q.P.C., 10 nov. 2011, n°2011-192, préc., cons. 32.

secret de la défense nationale ou de son représentant, l'acte coercitif devait être précédé de la vérification de la classification du lieu. Pour pouvoir y procéder, le magistrat devait obtenir une décision de déclassification temporaire, totale ou partielle, du lieu et l'acte ne pouvait être réalisé que dans les limites de la déclassification ainsi décidée⁴⁶⁸⁷. C'est cette procédure qui se voit déclarée contraire à la Constitution. En effet, « en autorisant la classification de certains lieux au titre du secret de la défense nationale et en subordonnant l'accès du magistrat aux fins de perquisition de ces mêmes lieux à une déclassification temporaire, le législateur a opéré, entre les exigences constitutionnelles précitées, une conciliation qui est déséquilibrée »⁴⁶⁸⁸. L'appréciation du Conseil a été gouvernée par deux éléments déterminants, à savoir le rôle essentiel joué par l'autorité administrative et une démesure s'attachant à la classification d'un lieu⁴⁶⁸⁹. Des décrets ultérieurs et arrêtés ont été pris, tirant les conséquences de cette décision⁴⁶⁹⁰.

945. A l'exception des lieux abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale, tous ces lieux spécialement protégés contre les perquisitions et saisies⁴⁶⁹¹, tels le cabinet ou le domicile d'un avocat, le cabinet d'un médecin, d'un notaire ou d'un huissier, mais aussi les locaux d'une entreprise de presse, de communication audiovisuelle ou le domicile d'un journaliste⁴⁶⁹², font l'objet d'une surprotection à l'égard d'un acte coercitif différent. Les sonorisations et fixations d'images s'y trouvent exclues. Dans son troisième alinéa, l'article 706-96 du C.P.P. énonce que ce dispositif technique ne peut pas être installé dans les lieux occupés par certains praticiens tenus au secret professionnel (articles 56-1 et 56-3 du C.P.P.), ni dans ceux visés à l'article 56-2 du C.P.P., en résumé les locaux des entreprises de presse ou le domicile du journaliste. Ce texte prohibe également de mettre en œuvre le dispositif dans le véhicule, le bureau ou le domicile des personnes visées à l'article 100-7 du C.P.P. Il s'agit des députés et sénateurs, des avocats et magistrats. Les autorités judiciaires ne sauraient donc procéder à cette mesure dans ces lieux⁴⁶⁹³. Toutefois, l'acte coercitif n'est pas toujours accompli sur le territoire français. Qu'en est-il justement lorsqu'il est réalisé à l'étranger ?

⁴⁶⁸⁷ Ancien art. 56-4, III, al. 4 du C.P.P., abrogé depuis le 1^{er} déc. 2011. La perquisition se poursuivait alors selon les dispositions régissant les lieux abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale.

⁴⁶⁸⁸ C.C., Q.P.C., 10 nov. 2011, n°2011-192, préc., cons. 37. Le Conseil a expliqué que « la classification d'un lieu a pour effet de soustraire une zone géographique définie aux pouvoirs d'investigation de l'autorité judiciaire ; qu'elle subordonne l'exercice de ces pouvoirs d'investigation à une décision administrative ; qu'elle conduit à ce que tous les éléments de preuve, quels qu'ils soient, présents dans ces lieux lui soient inaccessibles tant que cette autorisation n'a pas été délivrée ».

⁴⁶⁸⁹ A. LEPAGE, note sous C.C., Q.P.C., 11 nov. 2011, n°2011-192, J.C.P., 2012, 176.

⁴⁶⁹⁰ Décret n°2011-1691 du 30 novembre 2011 portant abrogation de dispositions du Code de la défense (J.O. du 1^{er} déc. 2011, p. 20201) ; décret n°2011-1692 du 30 novembre 2011 relatif à l'entrée en vigueur d'arrêtés (J.O. du 1^{er} déc. 2011, p. 20201) et deux arrêtés du 30 novembre 2011.

⁴⁶⁹¹ L'article 706-96, al. 3 du C.P.P. n'opère pas de renvoi à l'article 56-4 de ce Code.

⁴⁶⁹² Pour la liste exhaustive concernant la presse, V. art. 56-2, al. 1 du C.P.P., réécrit par la loi du 4 janv. 2010.

⁴⁶⁹³ Sur les difficultés posées en revanche par la captation des données informatiques, les systèmes informatiques étant de plus en plus « transportables » : S. HENNEQUIN, *Quid de la captation de données informatiques ?*, *op. cit.*, p. 1359.

b) L'acte coercitif effectué à l'étranger

946. Il n'est pas question d'étudier de manière approfondie les actes exécutés dans le cadre de l'entraide répressive internationale, même si ceux-ci constituent parfois des actes de la procédure. Il convient d'emblée de préciser que les actes diligentés en France sur commission rogatoire délivrée par un juge étranger ne s'insèrent dans aucune procédure suivie en France⁴⁶⁹⁴. Ils ne s'analysent pas véritablement comme des actes de la procédure⁴⁶⁹⁵. En revanche, les actes exécutés à l'étranger sur commission rogatoire d'un juge français ont vocation à être intégrés dans l'information suivie en France. Ils constituent bien des actes de la procédure⁴⁶⁹⁶. Mais puisqu'ils ont été opérés sous le contrôle des autorités judiciaires de l'Etat requis et en application de la législation de celui-ci, leur régularité ne peut pas être appréciée par les juridictions françaises au regard de la législation française et moins encore de la législation étrangère⁴⁶⁹⁷. En outre, lorsqu'il s'agit de traiter de l'acte coercitif effectué à l'étranger, encore faut-il que l'acte soit réellement accompli à l'étranger. Tel n'est pas le cas lorsque, conformément aux articles 100 et suivants du C.P.P., le magistrat instructeur ordonne l'interception, l'enregistrement et la transcription des correspondances émises par la voie des télécommunications à destination de lignes téléphoniques localisées à l'étranger dès lors que les

⁴⁶⁹⁴ V. Cass. crim., 16 fév. 2010, D., 2010, act., p. 769. Il résulte de l'article 3 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale et de l'article 694-3 du C.P.P., que les demandes d'entraide judiciaire émanant des autorités étrangères sont exécutées selon les règles de procédure prévues par la législation de la partie requise ; Cass. crim., 12 mars 2014, n°13-87254, E.C.P.B. ; A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 363, obs. L. ASCENSI, d'où il ressort que les commissions rogatoires internationales adressées à la France sont exécutées selon les règles prévues par le Code de procédure pénale. En outre, après exécution d'actes sur commission rogatoire internationale (une garde à vue notamment), les policiers peuvent exploiter les résultats révélés et en cas d'indices contre un individu d'avoir commis les faits dénoncés dans des circonstances établissant la compétence juridictionnelle des autorités françaises, celui-ci peut faire l'objet d'un placement en garde à vue dans le cadre d'une enquête préliminaire.

⁴⁶⁹⁵ V. F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2000. Dans un arrêt de 1997, il a néanmoins été estimé que « si la chambre d'accusation est compétente, dans certaines conditions, pour contrôler la régularité des actes d'instruction effectués sur le territoire français, en exécution d'une commission rogatoire internationale, elle ne saurait, sans excéder ses pouvoirs, porter une appréciation sur les modalités de délivrance et de transmission d'une telle délégation » : Cass. crim., 4 nov. 1997, Bull. crim., n°365. Le contrôle juridictionnel a été admis par l'arrêt *Russo*, antérieur de quelques mois : V. Cass. crim., 24 juin 1997, Bull. crim., n°252.

⁴⁶⁹⁶ V. récemment : Cass. crim., 15 janv. 2014, Bull. crim., n°11 ; D., 2014, p. 145 ; A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 243, obs. P. DE COMBLES DE NAYVES ; Rev. sc. crim., 2014, p. 127, obs. J. DANET ; Dr. pénal, 2014, comm. n°113, note A. MARON et M. HAAS ; Rev. sc. crim., 2014, chron., p. 431, n°17 à 21, obs. (approbatives) B. AUBERT, prononçant la cassation et rappelant qu'il est de l'office du juge d'interpréter les traités internationaux invoqués dans la cause soumise à son examen. En outre, les autorités judiciaires françaises, lorsqu'elles utilisent les informations qui leur ont été communiquées dans le cadre d'une convention d'entraide judiciaire en matière pénale, sont tenues de respecter les règles fixées par cette convention à laquelle s'incorporent les réserves et déclarations formulées, qui obligent les Etats parties dans leurs rapports réciproques.

⁴⁶⁹⁷ V. déjà, posant cette règle : Cass. crim., 12 juin 1914, Bull. crim., n°276, d'où il résulte que la règle « *locus regit actum* » est applicable aux interrogatoires reçus en pays étrangers ; les actes qui les constatent ne sont pas soumis aux prescriptions de la loi du 8 décembre 1897 ; Cass. crim., 13 juin 2001, Inédit, n°01-81593. Les parties pourraient demander l'annulation de ces actes devant la chambre de l'instruction mais devraient uniquement arguer de la violation des droits de la défense ou d'un principe général du droit, tel un principe garanti par la Convention européenne des droits de l'homme : Cass. crim., 4 nov. 1997, Bull. crim., n°366 ; Cass. crim., 31 mai 2012, Procédures, 2012, comm. n°306, obs. J. BUISSON. V. enfin, Cass. crim., 20 juin 2012, Bull. crim., n°157. Il ressort de cet arrêt que la chambre de l'instruction est incompétente pour statuer, d'une part, sur la validité d'une autorisation écrite accordée par le procureur général de l'Etat requis à un juge d'instruction français de se transporter dans cet Etat (Rwanda ici) et de procéder lui-même aux auditions de témoins, demandées par commission rogatoire internationale ; d'autre part, sur la régularité des actes accomplis par ce magistrat, dans les formes définies, en l'absence de convention d'entraide judiciaire, par l'autorité judiciaire de l'Etat requis et relevant de la souveraineté de celui-ci.

interceptions, réalisées à partir de centres internationaux de transit situés en France, portent sur des appels émis depuis le territoire français⁴⁶⁹⁸.

947. Afin de respecter la souveraineté des Etats et leur monopôle du recours à la contrainte⁴⁶⁹⁹, la Cour de cassation refuse aux autorités publiques d'effectuer des actes de police ou d'information sur un territoire étranger, qu'ils possèdent un caractère coercitif ou non. Elle a rappelé ce principe en 1992, énonçant que « si le juge d'instruction peut, en vertu de l'article 3 de la Convention franco-espagnole du 9 avril 1969 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale, assister aux actes d'exécution des commissions rogatoires qu'il a délivrées aux autorités de l'Etat étranger, il ne saurait, sans excéder ses pouvoirs, procéder à des actes d'instruction sur le territoire de cet Etat »⁴⁷⁰⁰. Dans un arrêt célèbre rendu le 21 septembre 1999⁴⁷⁰¹, elle pose, au visa de l'article 18 du C.P.P., que « selon ce texte, la compétence des officiers de police judiciaire ne peut s'exercer sur le territoire d'un Etat étranger en l'absence de traité international liant la France et l'Etat concerné ». Dans cette espèce, l'interpellation et l'arrestation d'un individu par la police française a eu lieu en Suisse. Reprenant un par un les motifs de la chambre d'accusation qui a validé la procédure, la chambre criminelle casse cet arrêt, la juridiction du second degré ayant méconnu l'article 18 précité⁴⁷⁰².

948. Dans l'attente de la transposition dans les différents droits internes de la décision d'enquête européenne en matière pénale⁴⁷⁰³, seul un traité entre les deux Etats concernés peut autoriser les A.P.J.

⁴⁶⁹⁸ Cass. crim., 14 juin 2000, Bull. crim., n°224 ; Dr. pénal, 2001, chron. n°19 par C. MARSAT. Cette situation ne doit pas être confondue avec celle où une partie de l'infraction a été commise en France, ce qui permet alors au juge pénal de refuser d'exécuter un mandat d'arrêt européen délivré par un juge étranger : V. Cass. crim., 8 juill. 2004, Dr. pénal, 2004, comm. n°169, obs. A. MARON.

⁴⁶⁹⁹ V. Cass. crim., 30 janv. 2001, Inédit, n°00-86617, où le moyen relève que « dans son arrêt du 13 mars 1998, la Cour suprême du Brésil a jugé que seuls les actes non coercitifs prévus par la commission rogatoire internationale adressée par la France pouvaient être légalement accomplis sur le territoire brésilien ».

⁴⁷⁰⁰ Cass. crim., 20 août 1992, Bull. crim., n°279. En l'espèce, un français avait été interpellé par des policiers espagnols et désirait faire des déclarations aux autorités françaises sur une infraction commise à Marseille. Le juge d'instruction français en charge de l'information s'était alors transporté en Espagne et avait entendu la personne soupçonnée. La chambre criminelle sanctionne ce procédé.

⁴⁷⁰¹ Cass. crim., 21 sept. 1999, Bull. crim., n°189 ; Rev. sc. crim., 2000, p. 417, obs. D.-N. COMMARET ; Procédures, 2000, comm. n°23, note J. BUISSON ; Rev. sc. crim., 2001, p. 899, obs. M. MASSE.

⁴⁷⁰² « Attendu que (...) la chambre d'accusation, tout en reconnaissant que X... avait été interpellé et arrêté sur le territoire helvétique et que les officiers de police français étaient incompétents pour procéder à ces mesures, a cru pouvoir valider la procédure aux motifs que l'intéressé avait été arrêté en Suisse "par pure inadvertance" ; que les bornes frontalières recouvertes d'humus n'étaient pas visibles ; que la bonne foi des policiers était entière et qu'un simple particulier aurait pu aller chercher X... sur le territoire helvétique, en vertu de l'article 73 du Code de procédure pénale, sans que personne "y trouve à redire" ». Cette motivation très contestable devait être censurée par le juge de cassation, les O.P.J. ayant effectué l'interpellation étaient radicalement incompétents.

⁴⁷⁰³ Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, J.O.U.E. L 130 du 1^{er} mai 2014, p. 1 ; T. CASSUTO, La directive concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, A.J. pénal, 2014, dossier, p. 338 et s. ; B. THELLIER DE PONCHEVILLE, La décision d'enquête européenne : une avancée en matière de coopération judiciaire précédant une nécessaire harmonisation de la procédure pénale, R.P.D.P., 2014, p. 417 et s. Cette directive doit être transposée au plus tard le 22 mai 2017. Dans son article 1^{er}, elle définit la décision d'enquête européenne comme « une décision judiciaire qui a été émise ou validée par une autorité judiciaire d'un Etat membre (Etat d'émission) afin de faire exécuter une ou plusieurs mesures d'enquête spécifiques dans un autre Etat membre (Etat d'exécution) en vue d'obtenir des preuves conformément à la présente directive ». Les perquisitions et saisies ne font pas partie de la liste des mesures toujours disponibles, elles pourront donc faire l'objet d'un

ou O.P.J. à « opérer » sur le territoire d'un Etat étranger⁴⁷⁰⁴. Il en est ainsi des Accords de Schengen du 14 juin 1985 et de la Convention consécutive du 19 juin 1990⁴⁷⁰⁵. Dans son article 40, celle-ci admet au profit des policiers et gendarmes ayant observé « une personne présumée avoir participé à un fait punissable pouvant donner lieu à extradition » sur le territoire de leur Etat, un « droit d'observation » sur le territoire d'une autre Partie contractante⁴⁷⁰⁶. Cependant, la lecture de ce texte révèle vite les limites des prérogatives des enquêteurs, lesquels ne disposent pas de pouvoirs coercitifs⁴⁷⁰⁷. Ils se voient refuser l'entrée dans les domiciles et les lieux non accessibles au public⁴⁷⁰⁸. Ces agents observateurs ne peuvent « ni interpellier ni arrêter la personne observée »⁴⁷⁰⁹. De même, l'article 41 de cette Convention permet aux agents d'un Etat qui suivent, dans leur pays, une personne prise en flagrant délit de commission d'une infraction énoncée au texte, de bénéficier d'un « droit de poursuite » sur le territoire d'un autre Etat membre sous certaines conditions très précises. Mais il prévoit de nouveau que les agents poursuivants ne disposent pas du droit d'interpellation⁴⁷¹⁰. Même le décret du 7 juillet 2009 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Conseil fédéral suisse relatif à la coopération transfrontalière en matière judiciaire, policière et douanière, signé à Paris le 9 octobre 2007⁴⁷¹¹, qui organise une « poursuite transfrontalière », n'autorise pas le recours à la coercition⁴⁷¹².

contrôle et d'un refus ou du recours à une mesure alternative en vertu des articles 10 et 11. Sur ce point, T. CASSUTO, *op. cit.*, p. 341.

⁴⁷⁰⁴ Sur l'extension des pouvoirs des enquêteurs hors du territoire : A. GALLOIS, Le traitement procédural des affaires pénales de grande complexité. Réflexion sur la qualité de la justice pénale, Thèse, Paris I, 2008, n°774 et s., p. 446 et s.

⁴⁷⁰⁵ V. aussi, le décret de publication français n°95-304 du 21 mars 1995, J.O. du 22 mars 1995, p. 4441.

⁴⁷⁰⁶ La jurisprudence a précisé que lorsque « les officiers et agents de police judiciaire agissent sur commission rogatoire, aucune disposition légale ou conventionnelle ne subordonne à une autorisation du juge mandant l'exercice du droit d'observation qu'ils tiennent de l'article 40 de la Convention précitée » : Cass. crim., 14 juin 2000, préc. (quatrième moyen).

⁴⁷⁰⁷ En ce sens également, J.-C. SAINT-PAU, L'entraide judiciaire internationale et européenne, Dr. pénal, 2004, Etude n°9, spéc. n°72 ; D. REBUT, Droit pénal international, *op. cit.*, n°627.

⁴⁷⁰⁸ Art. 40, 2, e) de la Convention de Schengen du 19 juin 1990.

⁴⁷⁰⁹ Art. 40, 2, f) de la Convention de Schengen du 19 juin 1990.

⁴⁷¹⁰ Art. 41, 2, a) de la Convention de Schengen du 19 juin 1990 ; V. C.C., 25 juill. 1991, n°91-294 DC, préc., 38 à 40. Il faut néanmoins observer que le b) de cet article dispose que « si aucune demande d'interrompre la poursuite n'est formulée et que les autorités localement compétentes ne peuvent intervenir assez rapidement, les agents poursuivants pourront interpellier la personne poursuivie, jusqu'à ce que les agents de la Partie contractante sur le territoire de laquelle la poursuite a lieu, qui devront être informés sans délai, puissent établir son identité ou procéder à son arrestation ». Sur le sujet, E. GINDRE, L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne, *op. cit.*, n°891 à 893, p. 397 ; J. PRADEL, G. CORSTENS, G. VERMEULEN, Droit pénal européen, Dalloz, Précis, 3^{ème} éd., 2009, n°526 et s. ; D. REBUT, *op. cit.*, n°630 et s.

⁴⁷¹¹ Décret n°2009-836 du 7 juill. 2009, J.O. du 9 juill. 2009, p. 11514 ; Procédures, 2009, comm. n°291, obs. J. BUISSON. Ce décret intervient en application de la loi n°2009-435 du 21 avril 2009.

⁴⁷¹² L'accord prévoit une « observation transfrontalière », qui peut même, en cas d'urgence, être menée sans autorisation préalable de l'autre Etat dans des conditions précises, notamment pour des infractions énumérées de façon limitative. Il aménage aussi une « poursuite transfrontalière », par tous moyens et sans limitation temporelle ou spatiale strictement réglementée, qui donne la faculté aux agents de l'une des parties de poursuivre sur le territoire de l'autre partie, éventuellement sans autorisation préalable à raison de l'urgence sous condition d'avis immédiat, l'auteur présumé d'une infraction flagrante ou d'un fait entrant dans les infractions énumérées ou une personne évadée, sous certaines réserves : cette poursuite peut être interrompue à la demande de la partie subissant cette poursuite. Les agents poursuivants n'ont pas le pouvoir d'interpellier l'individu et doivent se présenter aussitôt devant les services localement compétents de la partie ayant subi la poursuite ; la personne arrêtée est poursuivie par l'Etat du lieu d'arrestation si elle en a la nationalité et remise à l'Etat poursuivant si celui-ci a, dans les six heures après l'interpellation, déposé une demande d'arrestation provisoire, à défaut de laquelle ladite personne est libérée.

949. Ce n'est pas non plus le cinquième alinéa de l'article 18 du C.P.P., ajouté par la loi du 9 mars 2004, qui confère le pouvoir d'exécuter des actes coercitifs à l'étranger. Il dispose qu' « avec l'accord des autorités compétentes de l'Etat concerné, les officiers de police judiciaire peuvent, sur commission rogatoire expresse du juge d'instruction ou sur réquisitions du procureur de la République, procéder à des auditions sur le territoire d'un Etat étranger »⁴⁷¹³. D'après les travaux parlementaires, ce texte vise à remettre en cause l'arrêt de la chambre criminelle du 21 septembre 1999 précité⁴⁷¹⁴. Or, il ne s'agissait pas d'une simple audition de la personne en l'espèce, mais de son interpellation et arrestation à l'étranger. Les dispositions de l'article 18, alinéa 5, du C.P.P. ne remettent donc pas en cause la solution dégagée par cet arrêt⁴⁷¹⁵. Le principe de territorialité de l'acte coercitif continue à s'appliquer. La Cour de cassation n'a fait « qu'appliquer un principe classique du droit international : celui de la compétence strictement territoriale des autorités étatiques »⁴⁷¹⁶. En vertu de ce texte, les O.P.J. doivent obtenir une autorisation préalable et expresse de l'autorité compétente étrangère, ils ne peuvent agir *proprio motu*. L'audition d'un individu ne constitue pas, de toute façon, un acte coercitif, sauf si elle s'accompagne d'une rétention temporaire contre son gré. Que ce soit finalement en droit interne où la jurisprudence refuse l'exécution d'actes coercitifs à l'étranger ou au plan européen, la situation apparaît similaire⁴⁷¹⁷. Sur ce dernier plan, l'exercice du pouvoir de contrainte demeure « trop embryonnaire »⁴⁷¹⁸, même si la décision d'enquête européenne va réaliser quelques avancées⁴⁷¹⁹. Si l'acte coercitif varie selon les lieux, il fluctue encore selon les personnes.

⁴⁷¹³ V. B. LAVIELLE, E. MANTEAUX, L'article 18, alinéa 5, du Code de procédure pénale : ingéniosité ou incongruité ?, A.J. pénal, 2005, p. 67 et s. ; M. MASSE, L'entraide judiciaire internationale, version française, Rev. sc. crim., 2004, p. 470 et s., not. n°7, p. 473, et du même auteur, L'entraide judiciaire internationale version française (suite), Rev. sc. crim., 2005, p. 406 et s., not. n°24, p. 414.

⁴⁷¹⁴ Sur ce point, L. DESESSARD, Contribution au débat sur l'article 18 alinéa 5 du Code de procédure pénale, R.P.D.P., 2006, p. 443 et s., spéc. p. 444 et 446, se référant au rapport de l'Assemblée nationale n°1236, 3^{ème} partie.

⁴⁷¹⁵ Même s'il est vrai que la Cour de cassation « se fonde abusivement sur l'article 18 du Code de procédure pénale, comme d'autres sur les articles 93 ou 124, alors que ces textes n'ont d'autre objet que de régler des questions de compétence territoriale interne. La seule norme ici applicable est la règle, de droit international public, de la stricte territorialité de l'*imperium* des Etats » : M. MASSE, obs. sur Cass. crim., 21 sept. 1999, Rev. sc. crim., 2001, p. 899.

⁴⁷¹⁶ L. DESESSARD, *op. cit.*, p. 446, citant aussi un arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris (CA Paris, 2^{ème} ch. instr., 28 fév. 2003, Inédit, n°2002-07657). Celle-ci a jugé qu'en l'absence de convention d'entraide judiciaire entre la France et le Pakistan, « les officiers de police judiciaire français étaient incompétents pour accomplir des actes de police judiciaire hors du territoire français, fût-ce dans l'enceinte du consulat général de France à Karachi ».

⁴⁷¹⁷ Dans le domaine européen : S. GLESS, Les perspectives de l'espace judiciaire européen en matière de recherche et d'utilisation des preuves situées à l'étranger, in L'espace judiciaire européen civil et pénal : regards croisés, Dalloz, 2009, Thèmes et commentaires, F. JAULT-SESEKE, J. LELIEUR et C. PIGACHE (dir.), p. 155 et s., spéc. p. 163.

⁴⁷¹⁸ E. GINDRE, *op. cit.*, n°902, p. 400, même si l'auteur ajoute que « le caractère instrumental du droit pénal national est confirmé et l'exercice du pouvoir de contrainte étatique collectivisé dans les domaines d'intérêt commun, comme les infractions transfrontalières ». Sur l'absence de véritable pouvoir de contrainte d'*Europol* et *Eurojust*, V. n°872 à 878, p. 389 à 392. *Adde*, M. MASSE, L'entraide judiciaire internationale version française (suite), *op. cit.*, n°23, p. 413 et 414, évoquant une exclusion de « tout pouvoir de coercition ».

⁴⁷¹⁹ V. art. 30 de la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014, préc., relatif à l'interception de télécommunications avec l'assistance technique d'un autre Etat membre ; art. 32 de la directive s'agissant des mesures provisoires. Sur le respect des droits fondamentaux et la condition de nécessité et proportionnalité dans la mise en œuvre de la contrainte étatique : B. THELLIER DE PONCHEVILLE, La décision d'enquête européenne (...), *op. cit.*, p. 426 et 427.

§2 – Les variations subjectives de l’acte coercitif

950. Parmi ses causes diverses de variation, l’une d’elles s’attache aux personnes. L’exécution de l’acte coercitif diffère en fonction de son auteur, mais également de son destinataire. Il s’avère alors nécessaire de dissocier ces deux situations. Voilà pourquoi à l’étude des variations *personae* actives (A), doit succéder celle des variations *personae* passives (B).

A – Variations *personae* actives

951. A qui la loi réserve-t-elle le droit d’accomplir des actes coercitifs ? A cette question essentielle, il semble possible de répondre que l’auteur de l’acte détermine l’étendue et l’intensité de la coercition susceptible d’être utilisées à l’encontre des personnes et des choses. L’acte coercitif apparaît d’habitude exécuté par un agent public (1°). A titre exceptionnel, il l’est par un simple particulier (2°).

1°- L’exécution habituelle par un agent public

952. Par agent public, il faut non seulement entendre les A.P.J., O.P.J. ainsi que les fonctionnaires de certaines administrations (a), mais aussi les magistrats (b). L’acte coercitif demeure alors un élément de critère de compétence, son intensité dépendant de son auteur.

a) Les A.P.J., O.P.J. et les fonctionnaires de certaines administrations

953. De manière générale, les A.P.J. n’ont pas la qualité requise pour décider la mise en œuvre de la coercition. Leur mission est de « seconder, dans l’exercice de leurs fonctions, les officiers de police judiciaire, de constater les crimes, délits ou contraventions et d’en dresser procès-verbal », enfin « de recevoir par procès-verbal 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 »⁴⁷²⁰. Ils ne détiennent pas le pouvoir de placer un suspect en garde à vue⁴⁷²¹ ni celui de procéder à la fouille d’un véhicule⁴⁷²². Ils ne peuvent pas davantage opérer une perquisition et une saisie. Tout acte coercitif de recherche et de saisie leur est interdit. Ils ont juste le droit de recueillir une pièce à conviction (une arme par exemple) afin de conserver les lieux et de la remettre à un O.P.J. aux fins de saisie⁴⁷²³.

⁴⁷²⁰ Art. 20 du C.P.P.

⁴⁷²¹ Art. 20 *in fine* du C.P.P.

⁴⁷²² Cass. crim., 28 sept. 2010, Bull. crim., n°142 ; Dr. pénal, 2010, comm. n°147, note A. MARON et M. HAAS.

⁴⁷²³ Cass. crim., 15 juin 2000, Procédures, 2000, comm. n°238, note J. BUISSON : « Attendu qu’en cet état, dès lors que l’agent de police judiciaire, qui n’a procédé à aucune recherche, assimilable à une perquisition, au domicile dans lequel il avait pénétré à la demande des pompiers, était habilité à recueillir le couteau, et à le remettre à un officier de police judiciaire aux fins de saisie, la chambre d’accusation a justifié sa décision ».

954. Certains A.P.J. adjoints exerçant leurs fonctions dans les transports publics ferroviaires ou guidés bénéficient néanmoins de pouvoirs particuliers. Selon l'article L. 2241-2 du Code des transports relatif à la police du transport ferroviaire⁴⁷²⁴, ils se voient autorisés à retenir un contrevenant qui a refusé ou s'est déclaré dans l'impossibilité de justifier de son identité, « pendant le temps nécessaire à l'information et à la décision de l'officier de police judiciaire » ou « le temps nécessaire à son arrivée ou à celle d'un agent de police judiciaire agissant sous son contrôle ». Pour le Conseil constitutionnel, ces dispositions impliquent que « l'information, par l'agent de l'exploitant, de l'officier de police judiciaire et la décision de ce dernier interviennent dans le plus bref délai possible ». Il conclut que « les contraintes imposées à la personne qui n'a pas pu ou n'a pas voulu justifier sur place de son identité sont limitées à ce qui est nécessaire pour la sauvegarde des fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle et dont la poursuite motive la vérification d'identité »⁴⁷²⁵.

955. Quant aux agents de police municipale, ils ne disposent pas de prérogatives supplémentaires, bien au contraire. Ils ne peuvent même pas pratiquer un contrôle d'identité. L'article 92 de la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI II)⁴⁷²⁶ a d'ailleurs été censuré par le juge constitutionnel⁴⁷²⁷. Ses dispositions étendaient à des agents de police municipale la possibilité de procéder à des contrôles d'identité. Or, ces agents, qui relèvent des autorités communales, ne sont pas mis à la disposition des O.P.J., eux-mêmes placés sous le contrôle direct et effectif de l'autorité judiciaire. Par conséquent, l'article 92 était contraire à l'article 66 de la Constitution. Ce texte impose que la police judiciaire soit placée sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire⁴⁷²⁸.

956. Ce sont les O.P.J. qui tiennent de la loi la faculté d'employer la coercition au cours de l'enquête de police. Ils profitent de pouvoirs propres, comme celui de mener d'office des enquêtes préliminaires⁴⁷²⁹. Durant l'enquête sur infraction flagrante, ceux-ci ordonnent les arrestations, gardes à

⁴⁷²⁴ V. aussi, art. 529-4, II du C.P.P.

⁴⁷²⁵ C.C., 10 mars 2011, n°2011-625 DC, préc., cons. 47, prenant soin de relever que les dispositions critiquées, « qui ne méconnaissent pas l'étendue de la compétence du législateur, ne portent atteinte ni à la liberté individuelle, que l'article 66 de la Constitution place sous la protection de l'autorité judiciaire, ni à la liberté d'aller et venir ». V. T.-S. RENOUX, X. MAGNON, La jurisprudence du Conseil constitutionnel rendue sur question prioritaire de constitutionnalité en matière répressive, R.P.D.P., 2011, p. 417 et s., spéc. p. 428 et 429.

⁴⁷²⁶ Loi n°2011-267 du 14 mars 2011, J.O. du 15 mars 2011, p. 4582 ; P. CONTE, LOPPSI 2 ou la sécurité à la petite semaine. A propos de la loi du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, J.C.P., 2011, doctr., 626 ; C. RIBEYRE, LOPPSI II : de nouvelles règles au service de la répression, Dr. pénal, 2011, Etude n°10 ; J. BUISSON, La loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, Procédures, 2011, Etude n°5.

⁴⁷²⁷ C.C., 10 mars 2011, n°2011-625 DC, préc., cons. 60.

⁴⁷²⁸ V. aussi la censure de l'article 91, qui accordait la qualité d'agent de police judiciaire à certains policiers municipaux. Ceux-ci n'étaient cependant pas, dans le même temps, mis à la disposition des O.P.J. Pour les mêmes raisons que celles ayant conduit à la censure de l'article 92, le Conseil déclare l'article 91 contraire à la Constitution (cons. 78).

⁴⁷²⁹ Cass. crim., 1^{er} déc. 2004, Dr. pénal, 2005, comm. n°30, note A. MARON ; Procédures, 2005, comm. n°76, note J. BUISSON.

vue, perquisitions et saisies⁴⁷³⁰... Dans un arrêt rendu le 28 septembre 2010⁴⁷³¹, la chambre criminelle a cassé un arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris au visa de l'article 78-2-3 du C.P.P., à propos de la fouille d'un véhicule. Elle a rappelé que « seul un officier de police judiciaire, assisté, le cas échéant, par un agent de police judiciaire, peut procéder à la visite d'un véhicule automobile, dans les conditions prévues par ce texte ». Or, en l'espèce, il ne ressortait pas du procès-verbal que l'O.P.J. avait personnellement réalisé les opérations ni même qu'il ait été présent sur les lieux de la visite, ce qui devait entraîner la cassation. L'O.P.J. bénéficie d'une compétence exclusive pour effectuer cet acte coercitif.

957. Appartenant à l'administration des douanes, les officiers de douane judiciaire doivent être ajoutés aux O.P.J. Ils ont pour mission de rechercher et de constater notamment la fraude douanière. Ils ne font usage que du Code de procédure pénale et non du Code des douanes⁴⁷³². Comme la police judiciaire, ces agents peuvent exécuter des actes coercitifs (garde à vue, perquisition...), le législateur renvoyant d'ailleurs aux pouvoirs des O.P.J. à l'article 28-1 du C.P.P. Mais il s'agit d'une police thématique, spécialisée, qui ne dispose pas d'une compétence générale. Ceux-ci possèdent une compétence d'attribution⁴⁷³³. De même, une loi du 30 décembre 2009⁴⁷³⁴ a inséré un article 28-2 dans le C.P.P.⁴⁷³⁵ Ce texte permet aux agents des services fiscaux, sur réquisition du parquet ou sur commission rogatoire du juge d'instruction, d'accomplir des enquêtes judiciaires en matière de fraude fiscale⁴⁷³⁶. Il leur offre la possibilité de diligenter des actes coercitifs puisqu'il renvoie aux dispositions de droit commun. En revanche, il a été jugé, au visa des articles 23 du Code de procédure pénale et L. 428-27 du Code de l'environnement, que les agents de l'Office national de la chasse et de la faune sauvage n'ont pas le pouvoir d'opérer des perquisitions et saisies dans les lieux clos⁴⁷³⁷. Dans sa décision sur les bourses de valeur⁴⁷³⁸, le Conseil constitutionnel a considéré que les agents habilités par la C.O.B. peuvent uniquement conduire des enquêtes administratives. Ils ne bénéficient « d'aucune

⁴⁷³⁰ A propos des gardes à vue, le rapport du groupe de travail sur les aspects constitutionnels et conventionnels de la réforme de la procédure pénale s'était interrogé sur l'institution d'une catégorie d'O.P.J. spécialement agréés ou habilités, notamment les commissaires de police, dont l'intervention, toujours possible, aurait été requise pour les mesures les plus coercitives : V. Y. GAUDEMET, Rapport du groupe de travail sur les aspects constitutionnels et conventionnels de la réforme de la procédure pénale, J.C.P., 2010, aperçu rapide, 553 ; Dr. pénal, 2010, Etude n°11, spéc. n°28.

⁴⁷³¹ Cass. crim., 28 sept. 2010, Bull. crim., n°142, préc.

⁴⁷³² Art. 28-1, VIII du C.P.P. Cet article a été modifié par la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 (art. 31).

⁴⁷³³ M. DOBKINE, La douane judiciaire, premier bilan d'une police thématique (nouvelles observations sur l'article 28-1 du Code de procédure pénale), D., 2002, chron., p. 3284 et s.

⁴⁷³⁴ Loi n°2009-1674 du 30 déc. 2009, *Loi de finances rectificatives pour 2009*, art. 23, II, J.O. du 31 déc. 2009 ; S. DETRAZ, Un an de droit pénal fiscal et douanier, Dr. pénal, 2010, chron. préc., spéc. n°11.

⁴⁷³⁵ V. aussi, le décret n°2010-914 du 3 août 2010, D., 2010, p. 2000, obs. L. PRIOU-ALIBERT.

⁴⁷³⁶ Ces agents ont compétence pour rechercher et constater, sur l'ensemble du territoire national, les infractions prévues par les articles 1741 et 1743 du Code général des impôts lorsqu'il existe des présomptions caractérisées que les infractions prévues par ces articles résultent d'une des conditions prévues aux 1° à 5° de l'article L. 228 du Livre des procédures fiscales, ainsi que les infractions qui leur sont connexes. Ces dispositions ont été modifiées par la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013, précitée (art. 7).

⁴⁷³⁷ Cass. crim., 6 oct. 2009, Procédures, 2010, comm. n°98, obs. J. BUISSON.

⁴⁷³⁸ C.C., 19 janv. 1988, *Loi sur les bourses de valeur*, n°87-240 DC, Rec., p. 28.

possibilité de contrainte matérielle » et ne sauraient donc « procéder à aucune perquisition ou saisie »⁴⁷³⁹.

b) Les magistrats

958. Certains actes coercitifs demeurent l'apanage des magistrats. Ce sont eux qui décident des plus coercitifs. Plus l'intensité de l'acte est élevée, plus son auteur doit d'ailleurs être qualifié, autrement dit, il doit s'agir d'un magistrat indépendant, impartial et expérimenté⁴⁷⁴⁰. Chargée de diriger l'enquête pénale⁴⁷⁴¹, l'autorité judiciaire comprend d'abord les magistrats du parquet. Ceux-ci procèdent ou font procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale⁴⁷⁴². La chambre criminelle a considéré qu'« en vertu de l'article 41 du Code de procédure pénale, le procureur de la République a tous les pouvoirs et prérogatives attachés à la qualité d'officier de police judiciaire et notamment ceux que ce dernier tient de l'article 60 dudit code »⁴⁷⁴³. Il a donc la possibilité d'effectuer des actes coercitifs, ce magistrat étant doté de pouvoirs toujours plus étendus au fil du temps⁴⁷⁴⁴. En sa qualité de directeur de l'enquête, il peut ordonner la prolongation de la garde à vue exécutée dans le cadre d'une enquête sur infraction flagrante même si la mesure se poursuit en dehors de son ressort⁴⁷⁴⁵. Le procureur de la République jouit en outre d'une compétence exclusive pour prescrire l'arrestation provisoire et le placement sous écrou extraditionnel de la personne recherchée⁴⁷⁴⁶. Il peut enfin délivrer un mandat de recherche au cours de l'enquête de police à l'égard d'une 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, aux fins de recherche de celle-ci et de son placement en garde à vue⁴⁷⁴⁷.

⁴⁷³⁹ Cons. 5. V. aussi, cons. 9 : « Considérant que l'article 14 de la loi permet uniquement aux agents habilités de "recueillir toutes informations utiles à l'exercice de leur mission" auprès des tiers qu'il désigne ; qu'en raison de son objet, cette disposition, même dépourvue de sanction pénale, ne saurait autoriser les agents habilités ni à procéder à une perquisition ou à une saisie, ni à effectuer un acte quelconque de contrainte matérielle ».

⁴⁷⁴⁰ Dans le même sens : T.-S. RENOUX, Le point de vue de l'universitaire. Garde à vue, droit de garder le silence et graduation des garanties constitutionnelles en cas d'atteinte portée à la liberté individuelle, *op. cit.*, p. 637, notant que « la graduation des compétences des "agents habilités" à restreindre la liberté d'une personne est directement fonction du degré d'indépendance qui leur est reconnu par la Constitution ».

⁴⁷⁴¹ Sur la question, C. GIUDICELLI, Regards croisés sur la direction de l'enquête dans les procédures pénales, A.J. pénal, 2008, dossier, p. 439 et s.

⁴⁷⁴² Art. 41, al. 1 du C.P.P. Le deuxième alinéa du texte ajoute qu'à cette fin, le procureur de la République dirige l'activité des officiers et agents de la police judiciaire dans le ressort de son tribunal.

⁴⁷⁴³ Cass. crim., 10 mai 1984, Bull. crim., n°168.

⁴⁷⁴⁴ V. G. GIUDICELLI-DELAGE, La figure du juge de l'avant-procès entre symboles et pratiques, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 335 et s., spéc. p. 341 et 342.

⁴⁷⁴⁵ Cass. crim., 4 janv. 2006, Procédures, 2006, comm. n°86, note J. BUISSON. La solution paraît différente en enquête préliminaire ou lors de l'information. Il a été décidé que seul le juge d'instruction territorialement compétent peut autoriser une prolongation de garde à vue : Cass. crim., 6 oct. 1998, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°109, note J. BUISSON.

⁴⁷⁴⁶ Cass. crim., 7 avril 2009, A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 316, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE.

⁴⁷⁴⁷ Art. 70 du C.P.P. (enquête de flagrance) et art. 77-4 du C.P.P. (enquête préliminaire). Le juge d'instruction peut, lui aussi, décerner un mandat de recherche : art. 122, al. 2 du C.P.P.

959. Mais seuls les juges, magistrats du siège, ont le pouvoir de décider des actes dont le degré de coercition est le plus élevé. Eux seuls peuvent ordonner, en toute indépendance⁴⁷⁴⁸, des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications. Peu importe le cadre juridique de la procédure, les O.P.J. ne peuvent prendre cette décision à la place du juge. Ils sont totalement incompétents⁴⁷⁴⁹. C'est le juge d'instruction qui les prescrit lorsqu'une information a été ouverte soit pour instruire sur une infraction déterminée, soit en vue de rechercher les causes de la mort ou d'une disparition. Au cours d'une enquête préliminaire ou de flagrance en matière de criminalité ou de délinquance organisée et dans le cas de recherche d'une personne en fuite, c'est le juge des libertés et de la détention, qui, saisi d'une demande d'interception par le procureur de la République, l'autorise ou non⁴⁷⁵⁰. D'autres actes coercitifs restent insusceptibles d'être délégués aux O.P.J. Il en est ainsi des mandats de justice, du contrôle judiciaire⁴⁷⁵¹, de l'assignation à résidence avec surveillance électronique et surtout de la détention provisoire⁴⁷⁵². En vertu de son pouvoir discrétionnaire, le président de la cour d'assises peut aussi, en son honneur et en sa conscience, adopter des actes coercitifs qu'il croit utiles afin de découvrir la vérité⁴⁷⁵³.

960. Le rapport du comité de réflexion sur la justice pénale, présidé par Philippe LEGER et remis au chef de l'Etat le 1^{er} septembre 2009⁴⁷⁵⁴, avait envisagé de supprimer le juge d'instruction⁴⁷⁵⁵ et d'instituer un cadre unique d'enquête. Selon ce système, le procureur de la République devenait directeur d'enquête et autorité de poursuite. Toutes les investigations « à charge et à décharge » étaient menées par la police judiciaire sous sa direction. Le rapport n'était pas favorable, en revanche, à la

⁴⁷⁴⁸ Sur la reconnaissance de l'indépendance du juge d'instruction : V. déjà, Cass. crim., 22 déc. 1959, Bull. crim., n°569.

⁴⁷⁴⁹ V. G. DI MARINO, La procédure pénale à visage dissimulé, Mélanges R. GASSIN, P.U.A.M., 2007, p. 199 et s., spéc. p. 207 et 208, faisant observer « même si la matérialisation de l'interception est ultérieurement confiée à un officier de police judiciaire ».

⁴⁷⁵⁰ Art. 74-2 du C.P.P. ; Art. 706-95 du C.P.P. Si le juge des libertés et de la détention ne participe pas aux opérations, elles sont réalisées sous son contrôle. Sur le rôle incontournable de ce juge pour autoriser l'exécution d'actes coercitifs, G. DI MARINO, La redistribution des rôles dans la phase préparatoire du procès pénal, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 317 et s., spéc. p. 320 et 321.

⁴⁷⁵¹ Comp., de rédaction presque identique aux articles 138, 9° du C.P.P. (interdiction pour le mis en examen de recevoir, de rencontrer ou d'entrer en relation avec certaines personnes, de quelque façon que ce soit) et 138, 14° du C.P.P. (interdiction faite au mis en examen de détenir ou de porter une arme), l'article 515-11 du C. civ., issu de la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010, qui permet au juge aux affaires familiales d'imposer les mêmes obligations au conjoint, soupçonné d'exercer des violences au sein de son couple, peu importe que des poursuites pénales soient exercées à son encontre ou non. Sur ce point, V. F. DEFFERRARD, La « suspicion légitime » contre les violences au sein des couples (...), *op. cit.* ; E. BAZIN, Les nouveaux pouvoirs du JAF en matière de violences (...), *op. cit.* ; E. BAZIN, Violences dans les couples : procédure aux fins de mesures de protection des victimes. A propos du décret du 29 septembre 2010, J.C.P., 2010, 986.

⁴⁷⁵² Il est possible d'ajouter la comparaison forcée du témoin qui refuse, lors de l'information, de déférer à la convocation qui lui a été adressée par l'O.P.J. délégataire : art. 153, al. 2 du C.P.P. La décision de contraindre à comparaître ne saurait être déléguée à un O.P.J., car l'avis doit en être donné au magistrat mandant.

⁴⁷⁵³ Cass. crim., 20 déc. 2000, Dr. pénal, 2001, comm. n°53, note A. MARON. Mais lorsque l'accusé comparaît libre, il ne peut être placé en détention que si la cour, délibérant seule à l'issue du vote sur la peine, décerne mandat de dépôt à son encontre conformément à l'article 367, al. 2 du C.P.P. : Cass. crim., 7 mai 2008, Dr. pénal, 2008, comm. n°104, note A. MARON et M. HAAS.

⁴⁷⁵⁴ V. Rapport du comité de réflexion sur la justice pénale : les propositions sur la phase préalable du procès pénal, Dr. pénal, 2009, dossier, n°3.

⁴⁷⁵⁵ V. avant la remise de ce rapport, L. BERGEREAU et *alii*, L'avenir du juge d'instruction, Dr. pénal, 2007, Etude n°12 ; C. GIUDICELLI, Le juge d'instruction évoluera ou disparaîtra, A.J. pénal, 2009, p. 68 et s. ; F. SAINT-PIERRE, Qu'espérer de la commission Léger ? Une réforme d'ampleur de la justice pénale !, A.J. pénal, 2009, p. 171 et s.

rupture du lien entre le parquet et le pouvoir exécutif et souhaitait maintenir le statut actuel des magistrats du parquet. Le contrepoids à l'extension des pouvoirs du procureur reposait sur la création du juge de l'enquête et des libertés, un « juge de l'instruction », investi exclusivement de fonctions juridictionnelles⁴⁷⁵⁶. Celui-ci devait contrôler l'action du parquet et était seul à détenir le pouvoir d'ordonner certains actes coercitifs, tels les mandats d'amener ou d'arrêt, les écoutes téléphoniques ou les perquisitions hors flagrance⁴⁷⁵⁷. La légalité des actes accomplis par le ministère public pouvait être contestée devant la « chambre de l'enquête et des libertés », remplaçant la chambre de l'instruction.

961. Contraindre le parquet à obtenir l'autorisation préalable du juge de l'enquête et des libertés pour exécuter certains actes coercitifs apparaissait respectueux des libertés individuelles. Le rapport recensait les écoutes téléphoniques, la sonorisation ou la perquisition hors flagrance et hors accord de l'intéressé, la délivrance d'un mandat d'amener ou d'arrêt, l'autorisation de prolongation d'une garde à vue au-delà de quarante-huit heures et le placement d'un mis en cause sous contrôle judiciaire ou en détention provisoire⁴⁷⁵⁸. Avec les réformes adoptées ces dernières années, l'évolution se faisait dans ce sens. « Les innovations introduites ont chaque fois poursuivi le même but, l'accroissement des pouvoirs policiers par un recours facilité à la contrainte : bien plus aisément que jadis, on effectue désormais des perquisitions de nuit, on sonorise des lieux – y compris des domiciles privés, quand il ne s'agit pas du parler d'une prison afin de surprendre les propos échangés par une personne mise en examen, bref par un présumé innocent, avec son interlocuteur –, on autorise les écoutes téléphoniques même au cours d'une simple enquête préliminaire (...), avec l'accord, il est vrai, du juge des libertés et de la détention, qui n'en demandait peut-être pas tant. De tels pouvoirs, auparavant, n'apparaissaient concevables que s'ils étaient confiés à un juge d'instruction »⁴⁷⁵⁹.

962. Aussi, attribuer à ce nouveau juge le contrôle de proportionnalité des atteintes les plus graves aux libertés demeurerait louable. Il convient de s'interroger sur la pertinence du système qui était proposé. Autoriser ou ordonner l'acte d'enquête pouvait, au fond, être perçu comme participer à l'enquête⁴⁷⁶⁰. Ce juge devait exercer « un contrôle dont l'objet était de vérifier l'adéquation entre le but – la manifestation de la vérité ou, en termes de jurisprudence constitutionnelle, la recherche des auteurs d'infractions –, et les conséquences des moyens utilisés – l'atteinte aux libertés individuelles –. Ainsi que l'enseigne le droit administratif, ce bilan “coût-avantage” est un contrôle d'opportunité »⁴⁷⁶¹. Or si le but est pris en compte, il ne saurait y avoir de distinction de principe entre l'enquête et le

⁴⁷⁵⁶ Première et troisième propositions du rapport.

⁴⁷⁵⁷ Cela aurait rapproché le système français du modèle anglais, puisque « au cours de la phase préliminaire, l'intervention du juge anglais, contrairement au juge d'instruction français, est limitée aux actes coercitifs susceptibles de porter atteinte aux libertés individuelles » : A. TALEB, *La figure actuelle du juge en France et en Angleterre (...)*, *op. cit.*, p. 486.

⁴⁷⁵⁸ Rapport préc., p. 12.

⁴⁷⁵⁹ P. CONTE, Les propositions du pré-rapport du comité de réflexion (...), *op. cit.*, spéc. n°3.

⁴⁷⁶⁰ V. T. MEINDL, Les implications constitutionnelles de la suppression du juge d'instruction, *op. cit.*, p. 409.

⁴⁷⁶¹ *Ibid.*

contrôle de l'enquête. Le juge de l'enquête et des libertés se trouvait alors dans la même position que le juge d'instruction ou le magistrat du parquet chargé de l'enquête lorsqu'il ordonne ces actes⁴⁷⁶². L'intérêt véritable d'une telle réforme se posait donc avec acuité.

963. Mais surtout, et de façon plus dirimante, le projet ne prévoyait pas de modifier le statut du ministère public⁴⁷⁶³. Sans doute serait-il souhaitable de « confier les pouvoirs d'enquête dans l'instruction actuelle au parquet, avec un contrôle des juges du siège sur les actes coercitifs, tels que les perquisitions et saisies »⁴⁷⁶⁴. Toutefois la réforme envisagée laissait le parquet contrôler bon nombre d'actes coercitifs, tous ceux qui ne requièrent pas l'accord préalable du juge de l'enquête et des libertés, notamment la garde à vue dans les affaires de droit commun. Cela faisait difficulté à l'aune des exigences européennes quant à l'indépendance du parquet dans l'application de l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁴⁷⁶⁵. En France, les membres du ministère public ne sont pas des magistrats habilités à se prononcer sur une arrestation ou une détention puisqu'ils ont la possibilité d'être ultérieurement organe de poursuite à l'égard de la personne arrêtée ou détenue. Il faudrait que le procureur de la République enquête et poursuive, mais ne contrôle plus les arrestations et détentions au sens de l'article 5 précité. Cette fonction aurait été de la compétence exclusive du juge de l'enquête et des libertés⁴⁷⁶⁶. Une réforme du statut du parquet semblait, en même temps, incontournable⁴⁷⁶⁷.

964. Ces quelques arguments expliquent pourquoi le rapport rendu par le comité de réflexion sur la justice pénale a été plutôt mal accueilli⁴⁷⁶⁸. Suite à sa remise au président de la République en fonction

⁴⁷⁶² *Ibid.* ; J. PRADEL, Le rapport LEGER sur la justice pénale (01/09/2009) : la grande illusion ?, R.P.D.P., 2009, p. 531 et s., not. n°7, p. 536. Rapp., P. CONTE, Les propositions du pré-rapport (...), *op. cit.*, n°7 : « En quoi un juge de l'enquête et des libertés, encore plus tenu à l'écart qu'un juge d'instruction procédant actuellement par le biais de commissions rogatoires, offrirait-il de meilleures garanties ? Et si, pour répondre au risque de cet éloignement, on veut imaginer des solutions pour le rapprocher du cœur des enquêtes, le remède existe : il s'agit d'un juge d'instruction ».

⁴⁷⁶³ Sur ce point, P. BONFILS, Faut-il changer notre procédure pénale ?, D., 2010, point de vue, p. 158 et s., not. p. 158, pour qui « une des difficultés tient au statut du parquet qui se trouverait seul investi des pouvoirs d'enquête, car le ministère public est (...) hiérarchisé, et placé sous l'autorité du ministre de la justice. Dans ce sens, la réforme envisagée n'est, en l'état du rapport, guère satisfaisante en terme d'indépendance des enquêtes ».

⁴⁷⁶⁴ S. GUINCHARD, Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction, in Code pénal et Code d'instruction criminelle. Livre du bicentenaire, Dalloz, 2010, p. 257 et s., spéc. p. 277.

⁴⁷⁶⁵ Il s'agit évidemment des affaires *Medvedyev / France* et *Moulin / France*, précitées.

⁴⁷⁶⁶ En ce sens, S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 280 et 281.

⁴⁷⁶⁷ V. les propositions très intéressantes du doyen GUINCHARD, *op. cit.*, p. 281 et 282 ; P. CONTE, Les propositions du pré-rapport (...), *op. cit.*, not. n°11.

⁴⁷⁶⁸ De nombreuses critiques ont été formulées à l'égard du système proposé en raison de plusieurs défauts et lacunes. V. G. STRAEHLI, Les impératifs d'un système d'instruction préparatoire en matière criminelle et pour les affaires complexes : les différentes réponses actuelles, Dr. pénal, 2009, dossier, n°4 ; G. LUCAZEAU, L'action du parquet selon le rapport du comité de réflexion sur la justice pénale, Dr. pénal, 2009, dossier, n°5, not. n°7, 22 et 23 ; D. GUERIN, Les droits de la défense et de la partie civile dans la phase préparatoire du procès pénal selon le rapport du comité de réflexion sur la justice pénale, Dr. pénal, 2009, dossier, n°6, not. n°8 à 10, 17 et 27 ; J. PRADEL, Le rapport LEGER sur la justice pénale (...), *op. cit.*, n°8, p. 538 et n°12, p. 541 ; C. LAZERGES, Propos introductifs, in Le rapport LEGER : analyse des propositions, A.J. pénal, 2009, dossier, p. 385 et s. ; V. SIZAIRE, Quel modèle pour l'instruction ?, A.J. pénal, 2009, dossier, p. 388 et s., not. p. 389 ; M. ROBERT, Les propositions du rapport LEGER : point de vue d'un « parquetier », A.J. pénal, 2009, dossier, p. 393 et s., spéc. p. 394 et 395. Plus modéré : M. BENILLOUCHE, Le Code de procédure pénale : chronique d'une mort annoncée..., R.R.J., 2009, n°4, P.U.A.M., 2010, p. 1909 et s., spéc. p. 1927 à 1933.

à ce moment là, a été rédigé un avant-projet de futur Code de procédure pénale, soumis à concertation, le 1^{er} mars 2010⁴⁷⁶⁹. Celui-ci reprenait une bonne part des propositions du comité LEGER. Il posait les principes fondamentaux de la procédure pénale en précisant qu'elle doit être « équitable et impartiale »⁴⁷⁷⁰ et « garantit le respect des libertés individuelles »⁴⁷⁷¹. De manière appréciable, il consacrait certaines règles comme l'exigence de loyauté de la preuve⁴⁷⁷², ou le droit au juge en cas de privation de liberté (*habeas corpus*)⁴⁷⁷³. Organisant la suppression du juge d'instruction, l'avant-projet proposait un cadre unique d'enquête, l'enquête judiciaire pénale⁴⁷⁷⁴, ayant « pour objet de rechercher et de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en identifier les auteurs »⁴⁷⁷⁵. Conduite par le procureur de la République⁴⁷⁷⁶, elle aurait été contrôlée par de nouvelles juridictions créées à cette fin⁴⁷⁷⁷.

965. Suivant cette organisation, les O.P.J. auraient mené l'enquête sous le contrôle du parquet⁴⁷⁷⁸. A ce titre, le ministère public conservait le pouvoir de contrôler la garde à vue puisque le principe de présentation de l'individu privé de liberté devant un juge n'avait été posé qu'au-delà de quarante-huit heures⁴⁷⁷⁹. Le procureur de la République demeurait donc l'autorité informée de la mesure coercitive et décidait de sa prolongation pour vingt-quatre heures⁴⁷⁸⁰. Ainsi l'avant-projet ignorait « les avertissements délivrés par la Cour européenne des droits de l'homme sur l'application de l'article 5 §3 de la Convention, qui exige que toute personne arrêtée ou détenue soit aussitôt conduite devant un juge ou un magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires, ce que n'est pas le magistrat du parquet compte tenu de ses liens avec le pouvoir exécutif »⁴⁷⁸¹. L'institution du juge de l'enquête et des libertés (JEL), magistrat du siège ayant au moins sept ans d'ancienneté, rassurait néanmoins⁴⁷⁸². Il devait se faire présenter la personne privée de liberté à la quarante-huitième heure.

⁴⁷⁶⁹ Pour une présentation générale de la réforme qui était envisagée, V. entretien avec Michèle ALLIOT-MARIE, ministre de la Justice, Gaz. pal., 2010, act., p. 633 et s. (entretien n°10890).

⁴⁷⁷⁰ Art. 1^{er} de l'avant-projet du futur Code de procédure pénale.

⁴⁷⁷¹ Art. 6 de l'avant-projet. L'article 112-4 reprenait l'article préliminaire, III, prévoyant la limitation des mesures de contrainte : « Une personne suspectée ou poursuivie ne peut faire l'objet de mesures de contraintes que sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Ces mesures doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure et proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée. Elles ne doivent pas porter atteinte à la dignité de la personne ».

⁴⁷⁷² Art. 113-3 de l'avant-projet.

⁴⁷⁷³ Art. 112-5 de l'avant-projet.

⁴⁷⁷⁴ Livre III de l'avant-projet.

⁴⁷⁷⁵ Art. 311-1, al. 1 de l'avant-projet.

⁴⁷⁷⁶ Art. 311-1, al. 2 de l'avant-projet.

⁴⁷⁷⁷ Art. 311-1, al. 4 de l'avant-projet.

⁴⁷⁷⁸ V. H. VLAMYNCK, Première approche policière et pratique du projet de Code de procédure pénale, A.J. pénal, 2010, dossier, p. 174 et s.

⁴⁷⁷⁹ Art. 112-5 de l'avant-projet.

⁴⁷⁸⁰ Sur ce constat, V. MALABAT, L'avant-projet du futur Code de procédure pénale : refonte, simplification ou confusion des phases de la procédure pénale ?, A.J. pénal, 2010, dossier, p. 162 et s., spéc. p. 164, ajoutant le défèrement devant le procureur lorsque le gardé à vue ne recouvre pas la liberté à l'issue de la mesure.

⁴⁷⁸¹ *Ibid.* ; V. aussi, J. PRADEL, D. GUERIN, Les relations entre le ministère public et le ministre de la justice dans l'avant-projet de réforme de la procédure pénale, D., 2010, point de vue, p. 660 et s., not. p. 662.

⁴⁷⁸² V. à cet égard, H. LECLERC, Le temps de la réflexion est indispensable, in L'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale, A.J. pénal, 2010, dossier, p. 167 et s., spéc. p. 168, évoquant un juge « qui pourra en imposer au parquet ».

966. Il incombait au juge de l'enquête et des libertés ainsi qu'au tribunal de l'enquête et des libertés et, au second degré, à la chambre de l'enquête et des libertés⁴⁷⁸³, de contrôler le déroulement de l'enquête judiciaire pénale⁴⁷⁸⁴. Gardien de l'équité, de l'impartialité et du caractère contradictoire de la procédure, ce juge aurait vérifié que les investigations étaient effectivement réalisées à charge et à décharge, en statuant sur les demandes formées par les parties, refusées par le parquet⁴⁷⁸⁵. Il pouvait obliger le procureur, par voie d'ordonnance, à procéder aux actes demandés par celles-ci⁴⁷⁸⁶. Il se présentait encore comme le décideur des actes les plus coercitifs indispensables à l'enquête judiciaire pénale. Il avait compétence pour autoriser et contrôler les actes que les O.P.J. et le parquet ne peuvent exécuter d'office (interceptions de correspondances, sonorisations...). Il garantissait le respect des libertés individuelles en statuant en matière de contrôle judiciaire, d'assignation à résidence sous surveillance électronique et de détention provisoire⁴⁷⁸⁷. Le juge de l'enquête et des libertés aurait en outre saisi « la chambre des enquêtes et des libertés s'il lui apparaissait qu'un acte ou une pièce de la procédure était entaché de nullité »⁴⁷⁸⁸. S'agissant du tribunal de l'enquête et des libertés, formation collégiale de trois magistrats ne pouvant être saisi que par le juge de l'enquête et des libertés⁴⁷⁸⁹, il était chargé notamment de statuer, au cours ou à l'issue de l'enquête judiciaire pénale, sur les demandes de prolongation de la détention provisoire⁴⁷⁹⁰.

967. Le projet de réforme comportait des éléments intéressants pour les actes coercitifs. Il énonçait, par exemple, le principe de la légalité des atteintes aux libertés : « au cours de la procédure, aucune mesure portant atteinte aux droits et libertés des personnes ne peut être décidée hors les cas prévus par la loi ou en dehors des formes prescrites »⁴⁷⁹¹. Il procédait à l'énumération des actes de l'enquête à l'article 311-2⁴⁷⁹² et à celle des mesures restrictives ou privatives de liberté à l'article 311-3⁴⁷⁹³. Il aménageait aussi de nouveaux délais butoirs pour la détention provisoire. Cependant, l'avant-projet

⁴⁷⁸³ Cette chambre et son président reprenaient les prérogatives attribuées à la chambre de l'instruction et à son président.

⁴⁷⁸⁴ Art. 211-1 et s. de l'avant-projet ; Y. MAYAUD, *Le parquet entre le juge et l'avocat (à propos de l'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale)*, D., 2010, point de vue, p. 773 et s., not. p. 774, notant que le juge de l'enquête et des libertés « n'est pas seulement le successeur du juge d'instruction (...). Il est beaucoup plus, voire mieux, pour se placer au cœur d'une procédure ne pouvant que se solder par des gains substantiels du côté du justiciable ». Beaucoup moins optimiste, J. PRADEL, *La disparition du juge d'instruction dans l'avant-projet du futur Code de procédure pénale*, D., 2010, point de vue, p. 1293 et s., not. p. 1294, prônant le maintien du juge d'instruction et le principe de collégialité de l'instruction.

⁴⁷⁸⁵ Art. 211-3, 1° de l'avant-projet.

⁴⁷⁸⁶ M. ALLIOT-MARIE, *Pour une refondation de la procédure pénale*, in *L'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale*, A.J. pénal, 2010, dossier, p. 157 et s., not. p. 158.

⁴⁷⁸⁷ Art. 211-3, 2° de l'avant-projet.

⁴⁷⁸⁸ Art. 211-3, 3° de l'avant-projet.

⁴⁷⁸⁹ Art. 342-1 de l'avant-projet.

⁴⁷⁹⁰ Art. 211-15, 1° de l'avant projet. Le recours à la collégialité devait être approuvé en la matière.

⁴⁷⁹¹ Art. 111-4 de l'avant-projet.

⁴⁷⁹² Dont certains constituent des actes coercitifs. Le texte citait les mesures d'investigation suivantes : les constatations et transports sur les lieux, les auditions, interrogatoires et confrontations, les perquisitions et fouilles de véhicules, les saisies, les prélèvements, les réquisitions aux fins de prestation matérielle, les réquisitions aux fins de mise à disposition d'informations, les expertises, les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, les sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules, les surveillances et infiltrations, l'utilisation des fichiers de police judiciaire, les opérations de déchiffrement des données.

⁴⁷⁹³ Qui s'analysent toutes comme des actes coercitifs : le contrôle et la vérification d'identité, l'interpellation, la garde à vue, le mandat, le contrôle judiciaire, l'assignation à résidence sur surveillance électronique, la détention provisoire.

contenait des dispositions regrettables. A l'instar du juge d'instruction aujourd'hui, le juge de l'enquête et des libertés ne pouvait, à peine de nullité, participer au jugement des affaires dont il avait connu au cours de l'enquête judiciaire pénale⁴⁷⁹⁴. Cette incompatibilité n'était cependant pas applicable lorsqu'au cours de l'enquête, « ce juge n'était intervenu **que** pour autoriser une perquisition, une prolongation d'une garde à vue, une interception de correspondance émise par la voie des télécommunications ou une sonorisation ou fixation d'images de certains lieux ou véhicules »⁴⁷⁹⁵. Cette exception s'avérait fort regrettable. Le juge aurait été convaincu par le ministère public sans avis de la défense et aurait pu surveiller l'exécution d'actes coercitifs avec la police. Dans ces conditions, son impartialité semblait entachée⁴⁷⁹⁶.

968. L'avant-projet a suscité des réserves sur une autre question. Il instaurait une audition libre qui s'analysait comme un acte coercitif. Celle-ci permettait de retenir une personne pendant quatre heures en dehors du régime de la garde à vue, donc en dehors des droits reconnus au gardé à vue⁴⁷⁹⁷, si l'enquête portait sur un délit puni d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans. Il était prévu que l'intéressé pouvait être entendu librement après avoir été « appréhendé et ramené par la contrainte dans les locaux du service de police judiciaire »⁴⁷⁹⁸. Ces dispositions restaient surprenantes : l'usage de la coercition laissait place à une collaboration volontaire de la personne, susceptible d'être entendue librement⁴⁷⁹⁹... En réalité, cette audition libre « donnait le sentiment d'une garde à vue raccourcie sans les garanties correspondantes, ce que traduisait encore le fait que les quatre heures d'audition étaient décomptées d'une garde à vue venant éventuellement prolonger l'audition »⁴⁸⁰⁰. De plus, les accusations justifiant les deux mesures (les « raisons plausibles de soupçonner ») étaient strictement identiques. Il devenait difficile de comprendre pourquoi les mêmes droits n'étaient pas accordés aux individus suspectés. Il s'agissait bien, dans les deux cas, d'une accusation en matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. L'audition libre semblait donc « imposer les contraintes d'une garde à vue sans en offrir les garanties »⁴⁸⁰¹. Bien des aspects de cet avant-projet ont, en somme, suscité la critique⁴⁸⁰².

⁴⁷⁹⁴ Art. 211-12, al. 1 de l'avant-projet.

⁴⁷⁹⁵ Art. 211-12, al. 2 de l'avant-projet (nous soulignons).

⁴⁷⁹⁶ En ce sens également, P. VOULAND, Quels changements pour la pratique ?, *in* L'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale, A.J. pénal, 2010, dossier, p. 169 et s., spéc. p. 171.

⁴⁷⁹⁷ Art. 327-7 de l'avant-projet. Dans son troisième alinéa, le texte indiquait néanmoins que la personne était informée au début de son audition de la nature de l'infraction dont elle était soupçonnée et de sa possibilité de choisir entre une audition libre ou un placement en garde à vue. Il fallait une déclaration écrite de sa main concernant ce choix.

⁴⁷⁹⁸ Art. 327-7, al. 1 de l'avant-projet.

⁴⁷⁹⁹ V. MALABAT, L'avant-projet du futur Code de procédure pénale (...), *op. cit.*, p. 164.

⁴⁸⁰⁰ Y. GAUDEMET, Rapport du groupe de travail sur les aspects constitutionnels et conventionnels de la réforme de la procédure pénale, *op. cit.*, J.C.P., 2010, aperçu rap., 553, *in fine* (p. 1053) ; Dr. pénal, 2010, Etude n°11, spéc. n°30.

⁴⁸⁰¹ *Ibid.* ; V. aussi, L. MINIATO, Réflexions à propos de l'audition libre issue du projet de loi relatif à la garde à vue, *Gaz. pal.*, 28-30 nov. 2010, p. 13 et s. (projet de loi, Conseil des ministres du 13 octobre 2010) ; C. SOURZAT, Les droits de la défense, *op. cit.*, n°18, évoquant un « véritable marché de dupe » à propos de l'audition libre.

⁴⁸⁰² Pour des critiques radicales de la réforme : M.-L. RASSAT, Le projet de réforme de la procédure pénale, J.C.P., 2010, libres propos, 369 ; V. MALABAT, L'avant-projet du futur Code de procédure pénale (...), *op. cit.*, not. p. 166 et 167. Pour des critiques plus ciblées, mais sérieuses : P. CONTE, « L'action pénale » en lévitation (aperçu de l'avant-projet de Code de

969. En dépit de sa suppression du projet de loi relatif à la garde à vue, l'audition libre a existé en procédure pénale avant sa consécration par la loi n°2014-535 du 27 mai 2014, dont l'apport principal a consisté, au fond, dans la création de son régime légal. Le Conseil constitutionnel l'a fait revivre, en l'admettant en enquête sur infraction flagrante⁴⁸⁰³, puis en enquête préliminaire⁴⁸⁰⁴. Dans la mesure où il a lié la contrainte au droit à l'assistance d'un avocat, ce juge a conclu que sans exercice de la coercition, le droit de bénéficier d'un conseil n'avait pas vocation à s'appliquer. Entendu avec son consentement implicite au cours d'une enquête de police, donc non placé en garde à vue, le suspect se voyait privé des droits de la défense⁴⁸⁰⁵. La personne soupçonnée avait « le choix d'être entendue sur les faits (...) reprochés sous le régime de l'audition libre, c'est-à-dire sans l'assistance d'un avocat et sans que lui soit notifié le droit de se taire, ou bien d'être placée en cellule durant vingt-quatre heures renouvelables dans les conditions matérielles que l'on connaît »⁴⁸⁰⁶. La pression psychologique exercée à son encontre devait probablement « la conduire à choisir le premier terme de l'option »⁴⁸⁰⁷. Les dangers de l'admission de l'audition libre par le Haut conseil étaient donc palpables et sa réserve d'interprétation selon laquelle la personne suspectée devait être informée de la nature, de la date de l'infraction qu'on la soupçonnait d'avoir commise et de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie, rassurait peu⁴⁸⁰⁸. Garantie minimale, cette réserve d'interprétation n'octroyait ni droit à l'assistance d'un avocat ni notification du droit au silence⁴⁸⁰⁹. Destinée à limiter l'audition libre des mineurs, la présomption de contrainte posée en leur faveur lorsqu'ils sont soupçonnés et amenés au commissariat par des policiers a été bienvenue⁴⁸¹⁰. Mais, d'une manière générale, l'audition libre « à la française » n'apparaissait pas conforme aux exigences européennes⁴⁸¹¹.

procédure pénale), D., 2010, point de vue, p. 774 et s., dénonçant le fait que l'action pénale ne soit soumise à aucun juge et que si nul n'en est saisi, celle-ci est « en lévitation », cette situation étant « inouïe » ; A. BOTTON, *Futur Code de procédure pénale : une consécration en trompe-l'œil de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, J.C.P., 2010, Etude, 674.

⁴⁸⁰³ C.C., Q.P.C., 18 nov. 2011, n°2011-191/194/195/196/197, préc., cons. 18 à 20, sur le fondement de l'article 62 du C.P.P.

⁴⁸⁰⁴ C.C., Q.P.C., 18 juin 2012, n°2012-257, préc., cons. 8 et 9, sur le fondement de l'article 78 du C.P.P.

⁴⁸⁰⁵ V. E. MATHIAS, *Pour une loi des suspects... libres (...)*, *op. cit.*, n°14.

⁴⁸⁰⁶ J. LEROY, *La décision du Conseil constitutionnel sur la nouvelle garde à vue (...)*, *op. cit.*, n°12.

⁴⁸⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁸⁰⁸ Dénonçant la technique de cette réserve d'interprétation : S. PELLE, *Le contrôle de la légalité criminelle par le Conseil constitutionnel*, R.P.D.P., 2013, p. 265 et s., spéc. n°22, p. 280, évoquant « un résultat contre-productif au point d'aboutir à une dénaturation de la loi ». Ainsi le juge constitutionnel « fait revivre, de sa propre autorité, une pratique qui avait pourtant été retirée du projet de loi lors des travaux parlementaires. Si ce n'est pas le contraire du contrôle de la légalité, cela y ressemble ».

⁴⁸⁰⁹ Rapp., F. FOURMENT, note préc. sous CEDH, 28 août 2012, *Simons / Belgique*, D., 2012, p. 2644, spéc. p. 2646, faisant remarquer que « consentir à être auditionné librement n'est pas renoncer sans équivoque au droit à l'assistance d'un avocat. Ce n'est pas davantage être informé de son droit de se taire. (...) Etre informé de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie n'est pas véritablement être informé de son droit de se taire » ; J. LEROY, *Garde à vue : le droit à l'avocat*, *Gaz. pal.*, 28-30 juill. 2013, n°209 à 211, p. 19 et s., spéc. p. 22, soulignant « l'ambiguïté d'un système qui lie droit à l'avocat et privation de liberté ».

⁴⁸¹⁰ Cass. crim., 6 nov. 2013, Bull. crim., n°220, préc. ; L. BELFANTI, obs. sur Cass. crim., 6 nov. 2013, A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 89, spéc. p. 90.

⁴⁸¹¹ V. CEDH, 31 oct. 2013, *Bandaletov / Ukraine*, n°23180/06 (en anglais), §53 et s. ; F. FOURMENT, note préc.

Sa réforme s'imposait dès lors. Il fallait dissocier l'exercice de la coercition de l'octroi des droits de la défense afin de les attribuer dès l'apparition des soupçons⁴⁸¹².

970. C'est chose faite depuis la loi du 27 mai 2014 dont l'article 1^{er} a inséré un article 61-1 du C.P.P. Ce texte prévoit les conditions dans lesquelles doit être entendue librement, sans être placée en garde à vue, toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction⁴⁸¹³. Applicables en enquête sur infraction flagrante, en enquête préliminaire, au cours de l'exécution d'une commission rogatoire et au cours d'une enquête douanière, ces nouvelles dispositions exigent d'informer le suspect libre de ses droits⁴⁸¹⁴, notamment de son droit d'être assisté d'un avocat si l'infraction dont il est suspecté constitue un crime ou un délit puni d'emprisonnement⁴⁸¹⁵, cette assistance ayant été malheureusement différée au 1^{er} janvier 2015⁴⁸¹⁶. Enfin, le législateur a refusé que l'individu conduit, sous contrainte, par la force publique devant l'O.P.J. devienne un suspect libre⁴⁸¹⁷. Il doit nécessairement faire l'objet d'un placement en garde à vue dans ce cas : l'usage de la coercition pour son transport dans les locaux de police ou de gendarmerie a anéanti la possibilité de procéder à son audition libre⁴⁸¹⁸. Il n'empêche que la question

⁴⁸¹² En ce sens aussi, J. LEROY, *op. cit.*, n°13 ; C. GUERY, L'avenir du suspect (suite...), *op. cit.*, p. 462, sous l'angle du développement des auditions libres et de la diminution des gardes à vue. *Adde*, J. LEROY, Le fameux article 105, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 417 et s., spéc. p. 429.

⁴⁸¹³ Pour une présentation de ces dispositions : V. Circulaire du 23 mai 2014, B.O. min. justice n°2014-05, 30 mai 2014.

⁴⁸¹⁴ Il doit être informé de la qualification, la date et le lieu présumés de l'infraction, de son droit de quitter à tout moment les locaux où il est entendu, d'être assisté d'un interprète, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire, de bénéficier de conseils juridiques dans une structure d'accès au droit, le cas échéant gratuitement (art. 61-1, 1°, 2°, 3°, 4° et 6° du C.P.P.).

⁴⁸¹⁵ D'aucuns considèrent que les enquêteurs continuent à disposer d'une importante marge de manœuvre par rapport au droit d'accès à l'avocat et que « seule une solution plus dynamique, consistant à permettre à toute personne qui le souhaite d'être assistée de son avocat dès lors qu'elle est entendue dans le cadre d'une procédure pénale, aurait évité cet écueil » : A. FAUTRE-ROBIN, L'accès à l'avocat des personnes soupçonnées ou poursuivies (...), *op. cit.*, p. 16. D'autres dénoncent la dissuasion financière pour le suspect (ou la victime en cas de confrontation) d'être assisté par un conseil lors d'une audition libre, la loi du 27 mai 2014 n'ayant pas prévu le budget suffisant : V. C. MICHALSKI, La défense censitaire du suspect libre, *Gaz. pal.*, 27-29 juill. 2014, n°208 à 210, p. 16 et s.

⁴⁸¹⁶ Par l'article 15 de la loi n°2014-535 du 27 mai 2014, ayant également reporté l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2015 de l'avant-dernier alinéa de l'article 61-1 du C.P.P., aux termes duquel « si le déroulement de l'enquête le permet, lorsqu'une convocation écrite est adressée à la personne en vue de son audition, cette convocation indique l'infraction dont elle est soupçonnée, son droit d'être assistée par un avocat ainsi que les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle, les modalités de désignation d'un avocat d'office et les lieux où elle peut obtenir des conseils juridiques avant cette audition ». Regrettant également ce report du droit à l'assistance d'un avocat au regard des exigences de la jurisprudence européenne : O. BACHELET, Droits de la défense : transposition ambivalente de la « directive information », *op. cit.*, p. 10 ; J.-B. PERRIER, La transposition tardive de la notification du droit du suspect libre à l'assistance d'un avocat. A propos de l'entrée en vigueur différée de l'article 61-1, 5°, du Code de procédure pénale, *D.*, 2014, p. 1160 et s., spéc. p. 1161, s'attachant au problème soulevé par le morcellement du droit à l'assistance d'un avocat par l'Union européenne, le droit d'être assisté d'un avocat devant être accompli avant le 27 novembre 2016 (directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013), tandis que la notification du droit à cette assistance devait être effectuée avant le 2 juin 2014 (directive 2012/13/UE du 22 mai 2012). La loi de transposition réussit donc « à être à la fois en avance et en retard. En avance, sur la transposition du droit, en retard sur la transposition de la notification de ce droit ». Les juridictions internes devraient estimer que la personne ne subit aucun grief du fait de l'absence de notification de ce droit puisque sa mise en œuvre n'est prévue qu'au 1^{er} janvier 2015.

⁴⁸¹⁷ Art. 61-1, dernier alinéa du C.P.P.

⁴⁸¹⁸ Art. 61-1, dernier alinéa du C.P.P. ; Art. 73, al. 2 du C.P.P., tel qu'issu de la loi du 27 mai 2014, le législateur ayant pris soin d'ajouter les termes « sous contrainte ». La solution est logique : peut-on réellement imaginer une personne conduite contre son gré par la force publique devant l'O.P.J., c'est-à-dire au moyen de la coercition, pour ensuite procéder à son audition libre, après lui avoir notifié son droit de partir à tout moment ?

du principe même de l'audition libre, acte non coercitif, peut se poser, à partir du moment où son régime se trouve, en grande partie, aligné sur celui de la garde à vue⁴⁸¹⁹.

971. Dans son rapport sur les aspects constitutionnels et conventionnels de la réforme de la procédure pénale remis le 5 mai 2010, le groupe de travail a finalement insisté sur la nécessité de mieux encadrer les actes coercitifs⁴⁸²⁰. Pour s'en convaincre, il suffit de relire quelques extraits de ses propositions. Il fallait « organiser plus complètement les compétences du JEL, compris comme un ordre de juridiction : en étendant sa compétence au contrôle de toutes les mesures privatives de liberté ou intrusives »⁴⁸²¹. De même, ce juge devait assurer « le contrôle des garanties que doivent comporter les mesures affectant la liberté individuelle ou intrusives »⁴⁸²². Il convenait également de « réglementer les mesures intrusives conformément aux exigences conventionnelles (autorisation et contrôle juridictionnel, possibilité d'une annulation si irrégulière) »⁴⁸²³; enfin « réserver la possibilité de prévoir, pour certaines mesures privatives de liberté ou intrusives, l'intervention d'un O.P.J. spécialement agréé »⁴⁸²⁴. Selon ces quelques propositions, l'acte coercitif devait faire l'objet d'un encadrement croissant. Il arrive qu'il ne soit pas toujours accompli par une autorité publique. A titre exceptionnel, il peut l'être par une personne privée.

2°- L'exécution exceptionnelle par un simple particulier

972. En droit français, un citoyen ne saurait en principe recourir à un acte coercitif. Il est impossible pour un particulier de décider d'une garde à vue, d'écoutes téléphoniques ou de perquisitions et saisies au cours d'une procédure pénale. Ainsi la recherche dans un lieu clos par un individu agissant de lui-même ne constitue pas une perquisition⁴⁸²⁵. L'enregistrement d'une conversation à l'aide d'un magnétophone dissimulé par une personne privée ne s'analyse pas non plus en une interception de correspondance émise par la voie des télécommunications⁴⁸²⁶. Ces investigations accomplies par les parties ou les moyens de preuve qu'elles produisent ne sont pas actes

⁴⁸¹⁹ Sur ce point : A. BOTTON, *Droit à l'information (...)*, *op. cit.*, p. 431 et 432. Il est vrai que le suspect libre ne bénéficie pas de certaines informations notifiées au gardé à vue : le droit d'être examiné par un médecin, le droit de faire prévenir un proche et son employeur ou les autorités consulaires de son Etat. Le suspect libre ne profite pas non plus d'un droit d'accès au dossier, directement ou par l'intermédiaire d'un avocat, comme le gardé à vue, même si le droit de ce dernier se voit limité à certains documents. Certains auteurs dénoncent cette dualité de régimes : il aurait fallu soumettre « tous les suspects au régime de la garde à vue », car la Cour européenne ne se réfère pas au critère de la contrainte, à la différence du dispositif français, pour offrir ce droit d'accès. Cette inégalité risque de provoquer une condamnation européenne (P. HENNION-JACQUET, *La consécration légale du statut (...)*, *op. cit.*, p. 11 et 12).

⁴⁸²⁰ Y. GAUDEMET, *Rapport du groupe de travail (...)*, *op. cit.*, J.C.P., 2010, aperçu rap., 553 ; *Dr. pénal*, 2010, Etude n°11 ; *D.*, 2010, p. 1226.

⁴⁸²¹ Proposition n°1 du rapport du groupe de travail (c'est nous qui soulignons à chaque fois).

⁴⁸²² Proposition n°2, *in fine*, du rapport du groupe de travail.

⁴⁸²³ Proposition n°4 du rapport du groupe de travail.

⁴⁸²⁴ Proposition n°5 du rapport du groupe de travail.

⁴⁸²⁵ Cass. crim., 12 fév. 2008, préc.

⁴⁸²⁶ Cass. crim., 9 janv. 1999, préc.

de l'information susceptibles d'annulation⁴⁸²⁷. Parce qu'ils ne sauraient être regardés comme des actes de procédure, ces actes suivent un régime distinct. L'acte coercitif doit être loyal. Or les actes des simples particuliers ne satisfont pas toujours à cette exigence. Ils sont souvent déloyaux et constituent même parfois des infractions pénales. Ils ne peuvent dès lors recevoir la qualification d'acte coercitif.

973. Dans un cas particulier, les citoyens jouissent de la possibilité de procéder à un acte coercitif. Cette hypothèse se trouve régie à l'article 73 du C.P.P. Aux termes de ce texte, « 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'officier de police judiciaire le plus proche »⁴⁸²⁸. Le législateur investit tout citoyen d'un pouvoir d'arrestation de l'auteur d'une infraction flagrante punie d'emprisonnement. Les agents de la RATP peuvent donc tout à fait arrêter en flagrance une femme ayant commis des violences à leur encontre⁴⁸²⁹. En revanche, les surveillants de supermarchés et vigiles de grands magasins n'ont pas le droit d'opérer la fouille de sacs, des poches et des vêtements d'une personne, d'exiger d'elle la remise d'une pièce attestant de son identité et de tarder à aviser les services de police. N'étant investis par la loi d'aucun pouvoir spécifique, ils ont simplement le devoir, à l'instar de tout particulier, d'arrêter l'individu soupçonné d'un vol flagrant et de le retenir le temps strictement nécessaire à l'arrivée des gendarmes ou policiers⁴⁸³⁰. Une question mériterait d'être réglée, celle des agents privés de recherche qui, lors de leurs investigations, peuvent entamer les libertés individuelles⁴⁸³¹. L'accomplissement d'un acte coercitif ne dépend pas uniquement de son auteur. Il fluctue aussi en fonction de celui qui le subit.

B – Variations *personae* passives

974. Ces variations se rapportent au destinataire de l'acte coercitif. Elles signifient que l'exécution de cet acte varie selon lui. En procédure pénale, il existe « des règles légales différenciées qui tiennent à la situation personnelle du délinquant : inviolabilité parlementaire, immunité du chef de

⁴⁸²⁷ Entre autres, Cass. crim., 6 avril 1993, préc. Il s'agit de pièces à conviction insusceptibles d'être annulées.

⁴⁸²⁸ La loi du 14 avril 2011 a ajouté un second alinéa à cet article 73 du C.P.P., prévoyant que le placement en garde à vue de la personne présentée devant l'O.P.J. n'est pas obligatoire dès lors qu'elle n'est pas tenue sous la contrainte à la disposition des enquêteurs et qu'elle a été informée qu'elle peut à tout moment quitter les locaux de police ou de gendarmerie. Son audition libre s'avère possible dans cette situation. Mais elle est exclue lorsque la personne a été amenée devant l'O.P.J. par la force publique, la mise en garde à vue est alors indispensable. Pour une critique justifiée de ce texte : J. LEROY, Le fameux article 105, *op. cit.*, p. 428 et 429, soulignant sa formulation « pour le moins ambiguë et inquiétante » et qu'il existe là « une opportunité pour la police d'interroger le suspect dans les conditions qui étaient les siennes avant que ne fût réglementée la garde vue ».

⁴⁸²⁹ Cass. crim., 2 juin 2004, A.J. pénal, 2004, jurisp., p. 327, obs. J. C.

⁴⁸³⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} avril 1999, Procédures, 1999, comm. n°163, note J. BUISSON. Ces surveillants n'ont qu'un droit d'arrestation fondé sur l'article 73 du C.P.P. S'ils retiennent une personne plus que le temps strictement nécessaire, ils peuvent être condamnés pour séquestration arbitraire.

⁴⁸³¹ Sur ce point, F. SAINT-PIERRE, Investigations privées en défense : questions de méthode et difficultés de pratique, *in* Investigations privées en marge de l'enquête pénale, A.J. pénal, 2009, dossier, p. 433 et s., spéc. p. 435 et 436.

l'Etat... »⁴⁸³². Les variations *personae* passives procèdent, d'une part, de la suspicion exercée à l'égard de la personne (1°), d'autre part, de la qualité de la personne (2°).

1°- Selon la suspicion à l'égard de la personne

975. La suspicion connaît divers degrés qui intéressent autant les personnes physiques que morales. Toutefois, les règles applicables à l'acte coercitif demeurent différentes suivant l'une ou l'autre de ces personnes. Dans un souci de clarté, il convient dès lors de dissocier l'étude des personnes physiques (a) de celle des personnes morales (b).

a) Les personnes physiques

976. Ce ne sont pas les seuls individus suspectés d'avoir commis ou tenté de commettre une infraction qui peuvent faire l'objet d'actes coercitifs. Certes, les témoins ne peuvent pas être placés en garde à vue : l'acte ne concerne que la personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement⁴⁸³³. Dans sa rédaction issue de la loi n°2014-535 du 27 mai 2014, l'article 62 du C.P.P. prévoit que les personnes non soupçonnées d'avoir commis ou tenté de commettre une infraction sont entendues par les enquêteurs « sans faire l'objet d'une mesure de contrainte ». Mais le deuxième alinéa de ce texte précise aussitôt que « si les nécessités de l'enquête le justifient, ces personnes peuvent être retenues sous contrainte le temps strictement nécessaire à leur audition, sans que cette durée puisse excéder quatre heures »⁴⁸³⁴. Une autre illustration de la possibilité d'astreindre les témoins ou ceux détenant des informations sur les faits à la coercition apparaît à l'article 61 du C.P.P. Selon ce texte, l'O.P.J. peut défendre « à toute personne » de s'éloigner du lieu de l'infraction jusqu'à la clôture de ses opérations. Il peut « appeler et entendre toutes les personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets et documents saisis »⁴⁸³⁵. Il a été jugé, par ailleurs, qu'une partie civile peut faire l'objet d'une garde à vue aux fins d'audition en

⁴⁸³² R. KOERING-JOULIN, J.-F. SEUVIC, Droits fondamentaux (...), *op. cit.*, p. 127, faisant observer que si certaines de ces règles légales différenciées « sont apparues récemment (perquisition chez un avocat, médecin, notaire... ; écoutes téléphoniques chez les avocats ou les parlementaires...), beaucoup d'autres dispositions discriminatoires ont disparu (privilèges de juridiction abrogés en 1993), ont été réduites (notamment en matière militaire et politique) ou (...) sont actuellement remises en cause (immunités diplomatiques, non-extradition des nationaux). Par ces exemples, on perçoit bien et la variété des impératifs pénaux pris en compte et le souci de n'admettre que des discriminations strictement nécessaires à l'efficacité de la répression ».

⁴⁸³³ Art. 62-2 du C.P.P.

⁴⁸³⁴ Ce n'est que si, durant leur audition sous contrainte, il apparaît des raisons plausibles de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'emprisonnement, qu'elles ne peuvent être maintenues sous la contrainte qu'au moyen de la garde à vue. Leur placement en garde à vue leur est immédiatement notifié, comme c'était déjà le cas avant la réforme du 27 mai 2014 : V. déjà, E. VERGES, Procédure pénale, *op. cit.*, n°279.

⁴⁸³⁵ Sur le sujet, F. DEFFERRARD, Le suspect (...), *op. cit.*, p. 30.

exécution d'une commission rogatoire, lorsqu'elle semble impliquée dans la commission des faits⁴⁸³⁶. Sa qualité de suspect prédomine et autorise un tel placement.

977. De ce point de vue, le suspect peut être davantage atteint par la coercition que le témoin. Plus la suspicion se révèle élevée à l'égard d'une personne, plus celle-ci peut d'ailleurs subir des actes coercitifs⁴⁸³⁷. Il existe un rapport certain entre le degré de suspicion et l'intensité de la contrainte utilisée. Cette gradation se retrouve dans le Code de procédure pénale. Il impose des indices, des indices graves ou concordants, des indices graves et concordants, etc, afin de pouvoir procéder à certains actes coercitifs⁴⁸³⁸. Ordonnée à la suite d'un contrôle infructueux, la vérification d'identité concerne un individu (suspect) refusant ou se trouvant dans l'impossibilité de justifier de son identité. Aux termes de l'article 78-3 du C.P.P., il peut, en cas de nécessité, être retenu sur place ou dans le local de police où il est conduit aux fins de vérifications, sans que cette atteinte à sa liberté d'aller et venir ne puisse excéder quatre heures. La loi impose donc que « la mesure ait une justification, autrement dit qu'elle repose sur un soupçon réel et sérieux d'infraction résultant du comportement observé de la personne ou d'une menace à l'ordre public (...) »⁴⁸³⁹. Moins coercitive que la garde à vue, la vérification d'identité apparaît plus aisée à mettre en œuvre.

978. Lorsqu'une information judiciaire est ouverte, la personne peut devenir témoin assisté. S'il n'y a pas toujours équivalence entre ce statut et le suspect⁴⁸⁴⁰, il reste concevable de le considérer comme un « para-suspect »⁴⁸⁴¹. Il s'agit, à titre d'exemple, d'une « personne mise en cause par un témoin ou contre laquelle il existe des indices rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi »⁴⁸⁴². A la différence du mis en examen, principal suspect en vertu des articles 80-1⁴⁸⁴³ et 105⁴⁸⁴⁴ du C.P.P., le témoin assisté ne saurait être soumis aux actes très coercitifs de l'instruction : contrôle judiciaire, assignation à résidence

⁴⁸³⁶ Cass. crim., 28 avril 2004, Bull. crim., n°103 ; Procédures, 2004, comm. n°190 (2^{ème} espèce), note J. BUISSON.

⁴⁸³⁷ Sur l'idée, mais avec une approche différente : F. DEFFERRARD, *op. cit.*, p. 87, indiquant que « seul un suspect peut faire l'objet d'une mesure coercitive entravant sa liberté d'aller et de venir (...) ».

⁴⁸³⁸ Rappr., D. THOMAS, Le suspect en quête d'un statut procédural, *op. cit.*, n°8, p. 827 et n°23, p. 833.

⁴⁸³⁹ F. DEFFERRARD, *op. cit.*, p. 89.

⁴⁸⁴⁰ C. GUERY, L'avenir du suspect, *op. cit.*, p. 233.

⁴⁸⁴¹ L'expression est de F. DEFFERRARD, *op. cit.*, p. 26, qui en fournit le sens, p. 28 : « C'est-à-dire un suspect, comme tout individu impliqué à un certain degré dans un délit ou un crime, mais volontairement placé par le législateur dans la périphérie de la suspicion exercée par le magistrat instructeur ».

⁴⁸⁴² Art. 113-2, al. 2 du C.P.P. D'autres dispositions précisent qui est le témoin assisté : art. 113-1 du C.P.P., énonçant que « toute personne nommément visée par un réquisitoire introductif ou par un réquisitoire supplétif et qui n'est pas mise en examen ne peut être entendue que comme témoin assisté » ; Art. 113-2, al. 1 du C.P.P., selon lequel « toute personne nommément visée par une plainte ou mise en cause par la victime peut être entendue comme témoin assisté. Lorsqu'elle comparait devant le juge d'instruction, elle est obligatoirement entendue en cette qualité si elle en fait la demande ».

⁴⁸⁴³ Il résulte de ce texte que ne peuvent être mises en examen « que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions » pour lesquelles l'information est ouverte.

⁴⁸⁴⁴ « Les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont le juge d'instruction est saisi ne peuvent être entendues comme témoins ».

avec surveillance électronique et détention provisoire⁴⁸⁴⁵. Il se trouve à l'abri de ces mesures restrictives ou privatives de liberté. Sa mise en garde à vue se révèle difficile, surtout depuis un arrêt rendu le 6 août 2008⁴⁸⁴⁶. Le mandat de recherche, qui tend au placement en garde à vue d'un individu suspecté, ne saurait être délivré contre celui ayant fait l'objet d'un réquisitoire nominatif, d'un témoin assisté ou d'une personne mise en examen⁴⁸⁴⁷. En revanche, l'article 122, alinéa 3, du C.P.P. dispose que le mandat de comparution, d'amener ou d'arrêt peut être décerné à l'égard d'une personne à l'encontre de laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission d'une infraction, y compris si cette personne est témoin assisté ou mise en examen⁴⁸⁴⁸. Il ressort des divers statuts de suspect, témoin assisté et mis en examen, que plus la suspicion s'avère forte, plus les actes susceptibles d'être exécutés possèdent une nature coercitive. Il faut se pencher à présent sur la situation d'une personne morale soupçonnée d'avoir commis une infraction.

b) Les personnes morales

979. Une personne morale peut être suspectée de la commission d'un crime ou d'un délit. Compte tenu de sa spécificité, tous les actes coercitifs ne sauraient être accomplis à son encontre. Il apparaît impossible de la placer en garde à vue ou en détention provisoire ou encore de délivrer un mandat de justice à son égard. Contrairement à la personne physique, pour qui le droit à la liberté revêt une importance première, ce droit n'a aucun sens pour celle-ci. L'article 706-44 du C.P.P. énonce de surcroît que « le représentant de la personne morale poursuivie ne peut, en cette qualité, faire l'objet d'aucune mesure de contrainte autre que celle applicable au témoin ». Il est alors susceptible de subir une rétention le temps nécessaire à son audition, quelques heures tout au plus. Son placement en garde à vue, en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire se trouve exclu. L'acte coercitif présente donc un champ d'application beaucoup plus restreint pour les personnes morales.

980. Il faut toutefois se garder de croire que le particularisme de ces personnes les soustrait à toute coercition. Des perquisitions et saisies sont réalisées au sein des entreprises ou sociétés, telles les

⁴⁸⁴⁵ Art. 113-5 du C.P.P.

⁴⁸⁴⁶ Cass. crim., 6 août 2008, D., 2008, p. 2836, note C. GUERY : « Attendu (...) que si toute personne, qui est nommément visée par une plainte avec constitution de partie civile et qui n'a pas acquis la qualité de témoin assisté, peut être entendue par un officier de police judiciaire agissant sur commission rogatoire, c'est à la condition qu'elle y ait consenti après avoir été avisée de son droit d'être entendue comme témoin assisté par le juge d'instruction ». Cet attendu se concilie mal avec la nature de la garde à vue qui constitue une mesure de contrainte. Pour certains, la garde à vue du témoin assisté reste possible, par exemple, pour les besoins d'un « tapissage », mais ils précisent que les O.P.J. ne semblent pas pouvoir recueillir ses déclarations : V. F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°1774.

⁴⁸⁴⁷ Art. 122, al. 2 du C.P.P. ; C. GUERY, Mandats et suspects, A.J. pénal, 2004, dossier, p. 356 et s., spéc. p. 359 et 360.

⁴⁸⁴⁸ L'article 122, al. 7 du C.P.P. ajoute que « le juge d'instruction est tenu d'entendre comme témoins assistés les personnes contre lesquelles il a été décerné un mandat de comparution, d'amener ou d'arrêt, sauf à les mettre en examen conformément aux dispositions de l'article 116. Ces personnes ne peuvent pas être mises en garde à vue pour les faits ayant donné lieu à la délivrance du mandat ». Faut-il rappeler que le mandat est « un acte de procédure délivré contre un suspect » ? (C. GUERY, L'avenir du suspect, *op. cit.*, p. 234).

entreprises de presse. Dès qu'une instruction préparatoire est ouverte, la personne morale peut aussi être placée sous contrôle judiciaire dans les conditions prévues aux articles 139 et 140 du C.P.P. et supporter une ou plusieurs obligations énumérées à l'article 706-45 du même Code. Ce texte les limite à cinq : le dépôt d'un cautionnement, la constitution de sûretés réelles ou personnelles⁴⁸⁴⁹, l'interdiction d'émettre des chèques, l'interdiction d'exercer certaines activités professionnelles⁴⁸⁵⁰ ou sociales, le placement sous contrôle d'un mandataire de justice. Il précise *in fine* qu'en cas d'irrespect du contrôle judiciaire, les articles 434-43 et 434-47 du Code pénal sont applicables. Ceux-ci répriment la violation par une personne physique des obligations mises à la charge de la personne morale d'une peine de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende. Tout placement en détention provisoire de la personne morale demeure, bien entendu, irréalisable⁴⁸⁵¹.

981. Un autre acte coercitif peut également atteindre les personnes morales. Il s'agit des mesures conservatoires prévues à l'article 706-103 du C.P.P. D'après ses dispositions, « en cas d'information ouverte pour l'une des infractions entrant dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-74 (criminalité et délinquance organisées) et afin de garantir le paiement des amendes encourues ainsi que, le cas échéant, l'indemnisation des victimes, le juge des libertés et de la détention, sur requête du procureur de la République, peut ordonner, aux frais avancés du Trésor et selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution, des mesures conservatoires sur les biens, meubles ou immeubles, divis ou indivis, de la personne mise en examen ». Ces mesures ne peuvent être prises que sur un bien dont le mis en examen est propriétaire. Même si celui-ci est le bénéficiaire économique de l'activité d'une S.C.I., la saisie immobilière d'un bien détenu par une personne morale doit être annulée⁴⁸⁵². En fonction de la personne qu'elle affecte, personne physique ou morale, l'exécution de l'acte coercitif varie. Son domaine se réduit dans le second cas. La situation des personnes morales reste néanmoins comparable à celle des personnes physiques sur un point : plus elles sont suspectées, plus elles peuvent subir des actes coercitifs. La qualité de la personne assujettie à ces actes joue en outre un rôle déterminant sur leur exécution.

⁴⁸⁴⁹ Pour le dépôt du cautionnement et la constitution des sûretés (art. 706-45, 1° et 2° du C.P.P.), les dispositions des articles 142 à 142-3 du C.P.P. sont applicables.

⁴⁸⁵⁰ Sur cette obligation – mais aussi l'obligation de verser un cautionnement – : Cass. crim., 19 mars 2002, Bull. crim., n°64. La chambre de l'instruction a justifié sa décision en interdisant à une société d'exercer une activité professionnelle lorsque l'infraction qui lui est reprochée a été commise dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ces activités.

⁴⁸⁵¹ Dans l'arrêt du 19 mars 2002, la chambre de l'instruction a justement annulé la mention de l'ordonnance rendue par le juge d'instruction qui visait l'article 141-2 du C.P.P. et énonçait que « tout manquement volontaire aux obligations ci-dessus pourrait entraîner... une mesure de placement en détention provisoire ».

⁴⁸⁵² Cass. crim., 26 mai 2010, A.J. pénal, 2010, jurisp., p. 409, obs. E. A. La situation est différente pour la saisie et la confiscation, lesquelles n'imposent pas que le bien saisi ou confisqué soit la propriété du prévenu ou du condamné. V. à cet égard, G. CLEMENT, B. CLEMENT, Le double visage des perquisitions et saisies, *op. cit.*, p. 63 et 64.

2°- Selon la qualité de la personne

982. Quiconque apparaît soupçonné d'avoir commis une infraction est, en principe, susceptible d'être soumis à un ou plusieurs actes coercitifs. Mais certaines personnes bénéficient d'une protection particulière. Celle-ci repose sur deux raisons principales. Elle se fonde soit sur leur vulnérabilité (a), soit sur leur fonction (b).

a) La protection fondée sur la vulnérabilité

983. Parce qu'ils sont vulnérables, tant les mineurs (α) que les majeurs protégés (β), jouissent d'une certaine protection vis-à-vis de l'acte coercitif⁴⁸⁵³.

α) Les mineurs

984. Le droit pénal des mineurs, et son autonomie, sont établis sur l'adaptation de la réponse pénale à la minorité de l'auteur de l'infraction⁴⁸⁵⁴. La spécificité de ce droit n'empêche pas les autorités publiques d'exécuter des actes coercitifs à l'égard des mineurs, comme l'a précisé le Conseil constitutionnel dans ses décisions du 29 août 2002⁴⁸⁵⁵ et du 10 mars 2011⁴⁸⁵⁶. En 2012, 733 mineurs ont été placés en détention provisoire en France et 1938 astreints à une mesure de contrôle judiciaire⁴⁸⁵⁷. Leur protection est en réalité assurée par l'existence de garanties venant encadrer ces actes, tels la retenue judiciaire, la garde à vue, le contrôle judiciaire ou la détention provisoire⁴⁸⁵⁸. Ce « glissement stratégique » n'apparaît pas purement interne. Il a également été opéré par le Conseil de

⁴⁸⁵³ Sur la vulnérabilité des mineurs, en ce qui concerne leur garde à vue : V. Cass. crim., 25 oct. 2000, Bull. crim., n°316, affirmant que « les règles édictées par l'article 4 de l'ordonnance du 2 février 1945 visent à protéger le mineur, non pas en raison de son manque de discernement au jour des faits, mais en raison de sa vulnérabilité supposée au moment de son audition ».

⁴⁸⁵⁴ A. GOUTTENOIRE, obs. sur CE, 31 oct. 2008, *Section française de l'O.I.P.*, CEDH, 27 nov. 2008, *Salduz / Turquie et CEDH*, 4 déc. 2008, *S. et Marper / Royaume-Uni*, R.P.D.P., 2009, p. 705.

⁴⁸⁵⁵ C.C., 29 août 2002, n°2002-461 DC, cons. 26 : « Considérant que (...) la législation républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 ne consacre pas de règle selon laquelle les mesures contraignantes ou les sanctions devraient toujours être évitées au profit de mesures purement éducatives ; qu'en particulier, les dispositions originelles de l'ordonnance du 2 février 1945 n'écartaient pas la responsabilité pénale des mineurs et n'excluaient pas, en cas de nécessité, que fussent prononcées à leur égard des mesures telles que le placement, la surveillance, la retenue ou, pour les mineurs de plus de treize ans, la détention ; que telle est la portée du principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs ».

⁴⁸⁵⁶ C.C., 10 mars 2011, n°2011-625 DC, préc., cons. 26, reprenant mot pour mot le considérant 26 de sa décision du 29 août 2002. V. aussi, C.C., Q.P.C., 29 nov. 2013, n°2013-356, *M. Christophe D.*, J.O. du 1^{er} déc. 2013, p. 19602, cons. 13 ; Procédures, 2014, comm. n°26, obs. J. BUISSON ; R.P.D.P., 2014, chron., p. 123, obs. T.-S. RENOUX et X. MAGNON ; R.P.D.P., 2014, chron., p. 166, obs. M.-C. GUERIN (même formulation).

⁴⁸⁵⁷ Les chiffres-clés de la Justice, 2013, p. 22.

⁴⁸⁵⁸ Dans le même sens, A. GOUTTENOIRE, Les principes du droit processuel relatif au mineur délinquant, A.J. pénal, 2005, dossier, p. 49 et s., spéc. p. 52.

l'Europe « pour mieux affirmer les encadrements spécifiques à ces mesures attentatoires aux libertés lorsqu'elles sont exercées à l'encontre d'un mineur »⁴⁸⁵⁹.

985. A titre d'illustration, l'article 4-I de l'ordonnance du 2 février 1945 énonce que le mineur de treize ans ne saurait être placé en garde à vue. Mais de façon exceptionnelle, celui de « dix à treize ans contre lequel il existe des indices graves ou concordants laissant présumer qu'il a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement peut, pour l'un des motifs prévus par l'article 62-2 du Code de procédure pénale, être retenu à la disposition d'un officier de police judiciaire avec l'accord préalable et sous le contrôle d'un magistrat du ministère public ou d'un juge d'instruction spécialisés 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. Cette retenue peut toutefois être prolongée à titre exceptionnel par décision motivée de ce magistrat pour une durée qui ne saurait non plus excéder douze heures, après présentation devant lui du mineur, sauf si les circonstances rendent cette présentation impossible. Elle doit être strictement limitée au temps nécessaire à la déposition du mineur et à sa présentation devant le magistrat compétent ou à sa remise aux personnes visées au II du présent article »⁴⁸⁶⁰. Dès le début de la retenue, il convient enfin d'informer par tout moyen et sans délai le bâtonnier afin qu'il commette un avocat d'office⁴⁸⁶¹. Bien que ce texte ait fait l'objet d'assouplissements au fil des réformes⁴⁸⁶², il prévoit toujours de nombreuses garanties en vue de sauvegarder la liberté du mineur : réunion indispensable d'indices graves ou concordants, proportionnalité de l'acte au regard de l'infraction, autorisation et contrôle de l'autorité judiciaire, encadrement strict de la durée de la mesure, exercice effectif des droits de la défense⁴⁸⁶³...

986. Il faut d'ailleurs se souvenir que le juge constitutionnel a censuré la garde à vue du mineur de moins de treize ans dans une décision de 1993⁴⁸⁶⁴. Cette mesure, qui concerne les seuls mineurs de plus de treize ans, se trouve soumise à un régime spécifique. Elle obéit à des garanties particulières comme la nécessité d'en informer les parents, le tuteur, la personne ou le service auquel est confié le mineur⁴⁸⁶⁵. Dès le début de la garde à vue, l'intéressé peut aussi demander l'assistance d'un avocat, conformément aux articles 63-3-1 à 63-4-3 du C.P.P. Il doit être immédiatement informé de ce

⁴⁸⁵⁹ M. DALLOZ, Les orientations européennes en matière de justice pénale des mineurs, R.P.D.P., 2006, p. 47 et s., spéc. p. 53.

⁴⁸⁶⁰ C'est-à-dire les parents, le tuteur, la personne ou le service auquel est confié le mineur.

⁴⁸⁶¹ Art. 4-I *in fine* de l'ordonnance du 2 fév. 1945, relative à l'enfance délinquante.

⁴⁸⁶² Initialement, il fallait que les indices laissent présumer que le mineur a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'au moins sept ans d'emprisonnement. La retenue ne pouvait excéder une période de dix heures renouvelable une seule fois. Le Conseil constitutionnel l'avait ainsi validée : C.C., 20 janv. 1994, n°93-334 DC, préc., cons. 20, 23 à 26.

⁴⁸⁶³ Pour une étude complète de cet acte : P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, Droit des mineurs, *op. cit.*, n°1498 à 1501.

⁴⁸⁶⁴ C.C., 11 août 1993, n°93-326 DC, préc., cons. 26 à 30. Le législateur doit évaluer le respect de la proportionnalité entre l'acte coercitif et le trouble causé à l'ordre public par l'infraction.

⁴⁸⁶⁵ Art. 4-II de l'ordonnance du 2 février 1945, relative à l'enfance délinquante. Il peut néanmoins être dérogé à cette information sur décision du parquet ou du juge chargé de l'instruction pour la durée que le magistrat détermine et qui ne peut excéder vingt-quatre heures ou, lorsque la garde à vue ne peut faire l'objet d'une prolongation, douze heures.

droit⁴⁸⁶⁶. S'il s'agit en outre d'un délit puni d'une peine inférieure à cinq ans d'emprisonnement, la garde à vue d'un mineur âgé de treize à seize ans ne peut être prolongée⁴⁸⁶⁷. Quoi qu'il en soit, aucune mesure de cette nature ne peut être prolongée sans présentation préalable du mineur au procureur de la République ou au juge d'instruction de son lieu d'exécution⁴⁸⁶⁸. En fin de compte, il n'y a que le dernier alinéa de l'article 4 de l'ordonnance du 2 février 1945 qui se révèle inquiétant au regard de la protection de la liberté individuelle. Il précise que le régime de la garde à vue en enquête de criminalité organisée est en grande partie applicable au mineur de plus de seize ans⁴⁸⁶⁹, lorsqu'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'un ou plusieurs majeurs ont participé, comme auteurs ou complices, à la commission de l'infraction⁴⁸⁷⁰.

987. Des garanties spécifiques entourant les actes coercitifs exécutés contre les mineurs subsistent. Un rapprochement progressif avec le droit commun des majeurs s'opère cependant⁴⁸⁷¹. Prévu à l'article 10-2 de l'ordonnance du 2 février 1945, le contrôle judiciaire reflète cette évolution. Selon ce texte, les mineurs âgés de treize à dix-huit ans peuvent être placés sous contrôle judiciaire dans les conditions prévues par le Code de procédure pénale sous réserve des dispositions de cet article. Cet acte coercitif peut comprendre une ou plusieurs obligations spéciales, comme accomplir un stage de formation civique⁴⁸⁷², suivre de façon régulière une scolarité ou une formation professionnelle jusqu'à sa majorité⁴⁸⁷³ ou bien respecter les conditions d'un placement dans un centre éducatif de la protection judiciaire de la jeunesse auquel le mineur a été confié par le magistrat⁴⁸⁷⁴, notamment dans un centre éducatif fermé, ou respecter les conditions d'un placement dans un établissement permettant la mise en œuvre de programmes à caractère éducatif et civique⁴⁸⁷⁵.

⁴⁸⁶⁶ Art. 4-IV de l'ordonnance du 2 février 1945. Ces dispositions régissent l'hypothèse où le mineur n'a pas sollicité l'assistance d'un avocat. Dans ce cas, cette demande peut être faite par ses représentants légaux avisés de ce droit lorsqu'ils sont informés de la garde à vue. Pour le juge européen, l'absence d'avocat pendant l'interrogatoire d'un mineur par la police a irrémédiablement nui aux droits de la défense de celui-ci et à l'équité de la procédure dans son ensemble » : CEDH, 14 nov. 2013, *Blokhin / Russie*, préc., §169.

⁴⁸⁶⁷ Art. 4-V de l'ordonnance du 2 février 1945.

⁴⁸⁶⁸ La chambre criminelle a jugé que peu importe l'âge du mineur, la prolongation de sa garde à vue ne peut être ordonnée qu'après présentation préalable au magistrat en charge de la procédure : Cass. crim., 13 oct. 1998, Bull. crim., n°259 ; Dr. pénal, 1999, chron. n°13 par C. MARSAT.

⁴⁸⁶⁹ Seuls les trois derniers alinéas de l'article 706-88 du C.P.P. (entendus avant l'ajout des deux derniers alinéas par les lois du 27 mai 2014 et du 10 juillet 2014, donc aujourd'hui les alinéas 6, 7 et 8 du texte) sont inapplicables à la garde à vue de ce mineur. Cela signifie donc que la mesure peut avoir une durée beaucoup plus importante qu'en droit commun, qu'elle peut faire l'objet, à titre exceptionnel, de deux prolongations supplémentaires de vingt-quatre heures chacune.

⁴⁸⁷⁰ Le Conseil constitutionnel a pourtant validé ce dispositif : C.C., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, préc., cons. 38 à 40. Le Conseil relève les garanties qui entourent l'acte coercitif (examen médical, entretien avec l'avocat à la première heure, enregistrement audiovisuel des interrogatoires...) et conclut qu'« eu égard à ces conditions, la mesure critiquée, qui ne concerne que les mineurs de plus de seize ans impliqués dans des faits graves, ne porte pas atteinte aux exigences constitutionnelles propres à la justice des mineurs ».

⁴⁸⁷¹ Sur l'évolution générale, C. LAZERGES, Dix ans d'existence du 10^{ème} principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs, in *La Constitution, l'Europe et le droit*, Mélanges J.-C. MASCLET, *Liber amicorum discipulorumque*, Paris I, Publications de la Sorbonne, 2013, C. BOUTAYEB (dir.), p. 283 et s., not. p. 287 à 289.

⁴⁸⁷² Art. 10-2, II, 3° de l'ordonnance du 2 février 1945.

⁴⁸⁷³ Art. 10-2, II, 4° de l'ordonnance du 2 février 1945.

⁴⁸⁷⁴ En application des dispositions de l'article 10 de l'ordonnance du 2 février 1945.

⁴⁸⁷⁵ Art. 10-2, II, 2° de l'ordonnance du 2 février 1945. Les centres éducatifs fermés sont des établissements dans lesquels les mineurs, encrés dans la délinquance et âgés de treize à dix-huit ans, sont placés en application d'un contrôle judiciaire, d'un

988. La loi n°2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs revient sur les conditions du placement sous contrôle judiciaire de ces derniers. Elle réforme l'article 10-2, III, déjà modifié par les lois du 9 septembre 2002 et du 5 mars 2007⁴⁸⁷⁶. Elle élargit de façon notable les conditions de placement sous contrôle judiciaire et, par conséquent, en détention provisoire⁴⁸⁷⁷. Des distinctions doivent être opérées selon l'infraction commise et l'âge du mineur. Celui âgé de treize à dix-huit ans peut être placé sous contrôle judiciaire en matière criminelle, ainsi que celui âgé de seize à dix-huit ans en matière correctionnelle. Pour ce qui est des délits, les mineurs âgés de treize à seize ans restent susceptibles de faire l'objet de cette mesure dans trois cas, dont le dernier est issu de la loi d'août 2011 : d'abord, si la peine d'emprisonnement encourue est supérieure ou égale à cinq ans et si le mineur a fait l'objet au préalable d'une mesure éducative ou d'une condamnation à une sanction éducative ou à une peine ; ensuite, si la peine encourue est d'au moins sept ans d'emprisonnement ; enfin, si la peine encourue est supérieure ou égale à cinq ans de prison pour un délit de violences volontaires, d'agression sexuelle ou un délit commis avec la circonstance aggravante de violences.

989. Cette loi du 10 août 2011 ajoute que l'assignation à résidence avec surveillance électronique est applicable aux mineurs. Mesure intermédiaire entre une obligation du contrôle judiciaire et la détention provisoire⁴⁸⁷⁸, elle peut s'appliquer aux mineurs âgés de seize à dix-huit ans, dans les conditions et selon les modalités du droit commun, lorsqu'ils encourent une peine d'au moins deux ans d'emprisonnement. Le mineur doit y consentir, tout comme ses représentants légaux si l'assignation à résidence se déroule à leur domicile aux termes de l'article 10-3 de l'ordonnance du 2 février 1945. Il ne saurait être placé sous surveillance électronique mobile.

990. La méconnaissance des obligations du contrôle judiciaire, tel le placement dans un centre éducatif fermé, ou de l'assignation à résidence sous surveillance électronique, peut conduire à une mise en détention provisoire du mineur⁴⁸⁷⁹. A l'instar des majeurs, il existe une véritable graduation des actes coercitifs susceptibles d'être exercés contre eux durant l'information⁴⁸⁸⁰. La nécessité de la

sursis avec mise à l'épreuve, d'un placement à l'extérieur ou à la suite d'une libération conditionnelle. Au sein de ces centres, un suivi éducatif et pédagogique renforcé, adapté à leur personnalité, est assuré (art. 33 de l'ordonnance de 1945). Selon le contrôleur général des lieux de privation de liberté, il existe toutefois un recours abusif aux moyens de contrainte physique dans ces centres, de sorte que la prise en charge éducative sous contrainte mérite une réflexion approfondie. V. L. PRIOU-ALIBERT, CEF : recommandations du contrôleur général des lieux de privation de liberté, D., 2011, act., p. 83.

⁴⁸⁷⁶ V. à cet égard, P. BONFILS, La réforme de l'ordonnance de 1945 par la loi prévention de la délinquance, A.J. pénal, 2007, dossier, p. 209 et s., spéc. p. 213 et 214 ; A. VARINARD, Les lois du 5 mars 2007 et du 10 août 2007, R.P.D.P., 2008, p. 211 et s., spéc. p. 244 et 245.

⁴⁸⁷⁷ V. P. BONFILS, La réforme du droit pénal des mineurs par la loi du 10 août 2011, D., 2011, chron., p. 2286 et s., spéc. n°19, p. 2290.

⁴⁸⁷⁸ V. également, P. BONFILS, La réforme du droit pénal (...), *op. cit.*, n°20, p. 2290 et 2291.

⁴⁸⁷⁹ Le Conseil constitutionnel l'a validé : C.C., 29 août 2002, n°2002-461 DC, préc., cons. 42 à 44 ; C.C., 3 mars 2007, n°2007-553 DC, *Loi relative à la prévention de la délinquance*, J.O. du 7 mars 2007, p. 4356, cons. 21 ; Art. 11-1 et 11-2 de l'ordonnance du 2 février 1945.

⁴⁸⁸⁰ Il faut préciser que le juge des enfants peut, dans l'attente de l'audience de jugement, placer le mineur sous contrôle judiciaire, en détention provisoire ou l'assigner à résidence avec surveillance électronique lorsque celui-ci est poursuivi selon

détention doit être plus importante pour être décidée à leur égard⁴⁸⁸¹. Il faut que cette mesure soit « indispensable ou qu'il soit impossible de prendre toute autre disposition et à la condition que les obligations du contrôle judiciaire prévues par l'article 10-2 et les obligations de l'assignation à résidence avec surveillance électronique soient insuffisantes »⁴⁸⁸². Dans l'arrêt *Nart / Turquie* rendu le 6 juin 2008⁴⁸⁸³, le juge européen a conclu à la violation de l'article 5 §3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme à propos d'un mineur de dix-sept ans placé en détention provisoire dans une prison pour adultes pendant quarante-huit jours. Un mineur ne doit faire l'objet de cette mesure coercitive qu'en dernier recours et sa durée doit être la plus courte possible. Si sa détention apparaît strictement nécessaire, elle doit avoir lieu séparément des adultes⁴⁸⁸⁴. L'incarcération s'avère ainsi admise⁴⁸⁸⁵. Mais elle doit demeurer très encadrée et revêtir un caractère subsidiaire⁴⁸⁸⁶. Dans l'attente de l'adoption peut-être un jour d'un Code de la justice pénale des mineurs⁴⁸⁸⁷, inspiré des travaux de la commission VARINARD⁴⁸⁸⁸, les mineurs se voient davantage protégés que les majeurs contre les actes coercitifs. Mais le régime juridique de ces actes tend à rejoindre celui des majeurs. Qu'en est-il pour les autres personnes vulnérables ?

la procédure de présentation immédiate (art. 14-2, IV de l'ordonnance du 2 février 1945). Sur cette graduation : P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n°1541.

⁴⁸⁸¹ Sur la mise sous contrôle judiciaire ou en détention provisoire d'un mineur devenu majeur : P. BONFILS, *Libres propos sur la situation du mineur délinquant devenu majeur*, *Dr. pénal*, 2007, Etude n°25, spéc. n°11.

⁴⁸⁸² Art. 11 de l'ordonnance du 2 février 1945.

⁴⁸⁸³ Préc.

⁴⁸⁸⁴ V. I. BERRO-LEFEVRE, *La vision de la Cour européenne des droits de l'homme, in Réforme de l'ordonnance de 1945 : le rapport Varinard*, A.J. pénal, 2009, dossier, p. 17 et s., spéc. p. 20. Le 9 juillet 2001, le Comité des droits de l'enfant a justement formulé des observations sur la Turquie (CRC/C/15/Add. 152). Un extrait montre qu'il allait déjà en ce sens, puisqu'il soulignait que « la détention provisoire doit être seulement une mesure de dernier ressort, doit être la plus brève possible et ne doit pas excéder le délai prescrit par la loi. Chaque fois que cela est possible, des mesures de remplacement doivent être prises pour éviter la détention provisoire avant jugement ». V. A. GOUTTENOIRE, *obs. préc. sur CE*, 31 oct. 2008, *Section française de l'O.I.P.* (...), spéc. p. 707.

⁴⁸⁸⁵ A certaines conditions, en fonction de l'âge du mineur et de l'infraction commise : V. art. 11 de l'ordonnance de 1945, évoquant les différents seuils. V. Cass. crim., 22 mai 1990, *Bull. crim.*, n°207, jugeant la loi du 6 juillet 1989 offrant la possibilité de placer en détention provisoire des mineurs âgés de treize à seize ans en matière criminelle, conforme à la Convention européenne des droits de l'homme.

⁴⁸⁸⁶ Sur la question, M. DALLOZ, *Les orientations européennes* (...), *op. cit.*, not. p. 54.

⁴⁸⁸⁷ Ce code devrait disposer d'un article préliminaire, gouverné par le principe de l'intérêt de l'enfant et rappelant les principes directeurs de la justice pénale des mineurs. Compte tenu des incertitudes actuelles qui planent sur celle-ci, cette consécration formelle des principes directeurs du droit pénal des mineurs ne peut être qu'approuvée, et ce, même si ledit code ne devait pas voir le jour : V. P. BONFILS, *Pour un article préliminaire en droit pénal des mineurs*, *in Politique(s) criminelle(s)*, Mélanges C. LAZERGES, Dalloz, 2014, p. 469 et s., not. n°16, p. 475, pour la proposition d'article préliminaire.

⁴⁸⁸⁸ Rapport VARINARD, *Adapter la justice pénale des mineurs. Entre modifications raisonnables et innovations fondamentales*, 70 propositions, La Documentation française, 2009. V. aussi, P. BONFILS, *Présentation des préconisations de la commission Varinard*, *in Réforme de l'ordonnance de 1945 : le rapport Varinard*, A.J. pénal, 2009, dossier, p. 9 et s. ; A. GOUTTENOIRE, *Pour une formulation des principes fondamentaux de la justice pénale des mineurs*, *in Réforme de l'ordonnance de 1945 : le rapport Varinard*, A.J. pénal, 2009, dossier, p. 13 et s. ; A. VARINARD, *La justice pénale des mineurs : une justice à réformer*, Mélanges S. GUINCHARD, Dalloz, 2010, p. 997 et s. Pour un regard critique sur l'évolution de la justice pénale des mineurs, C. LAZERGES, *La mutation du modèle protectionniste de la justice des mineurs*, *Rev. sc. crim.*, 2008, p. 200 et s.

β) Les majeurs protégés

991. Il arrive que l'individu soupçonné ou poursuivi soit soumis à un régime de protection en raison de l'altération de ses facultés mentales. Il doit pouvoir bénéficier des conseils et de l'assistance de son tuteur ou curateur tout au long de la procédure, celui-ci devant avisé des poursuites⁴⁸⁸⁹. Dans un arrêt de condamnation de la France, la Cour de Strasbourg⁴⁸⁹⁰ a estimé qu'une personne placée sous curatelle aurait dû être représentée par son curateur ou par un avocat. L'altération de ses facultés mentales ne lui permettant pas de mesurer les enjeux de la procédure, le droit de comprendre la nature et la cause de l'accusation portée contre elle s'avère méconnu. La Cour européenne rappelle, plus largement, que « des garanties spéciales de procédure peuvent s'imposer pour protéger ceux qui, en raison de leurs troubles mentaux, ne sont pas entièrement capables d'agir pour leur propre compte »⁴⁸⁹¹. Il a donc fallu reconsidérer les effets des régimes de protection en matière pénale. Ceci a été réalisé par une loi du 5 mars 2007⁴⁸⁹². Elle ajoute les articles 706-112 et suivants au sein du Code de procédure pénale. Les procédures menées contre les majeurs protégés doivent se conformer à leurs prescriptions⁴⁸⁹³.

992. Ces dispositions apportent une précision sur le régime d'un acte coercitif. En vertu de l'article 706-113, alinéa 3, du C.P.P., le curateur ou le tuteur bénéficie « de plein droit » d'un permis de visite si la personne poursuivie est placée en détention provisoire. Compte tenu de la vulnérabilité de la personne, cette prévision légale apparaît bienvenue. Il faut éviter de l'isoler de manière excessive. Il était concevable de permettre au tuteur ou au curateur de former une demande de mise en liberté en cas de placement en détention du majeur, car sa présence paraît requise à toutes les étapes de la procédure pénale, tant lors des phases préalables à l'audience qu'au cours de celle-ci⁴⁸⁹⁴. Par ailleurs, la loi du 14 avril 2011 réformant la garde à vue, a réécrit l'article 63-2 du C.P.P. A la liste des personnes que peut faire prévenir, par téléphone, celui qui est placé en garde à vue, de la mesure dont

⁴⁸⁸⁹ Pour des applications : Cass. crim., 14 avril 2010, Bull. crim., n°74 ; Cass. crim., 3 mai 2012, Bull. crim., n°105 ; Cass. crim., 27 nov. 2012, Bull. crim., n°258 ; Cass. crim., 29 janv. 2013, Bull. crim., n°32.

⁴⁸⁹⁰ CEDH, 30 janv. 2001, *Vaudelle / France*, n°35683/97 ; J.C.P., 2001, II, 10526, note L. DI RAIMONDO ; D., 2002, jurispr., p. 353, note A. GOUTTENNOIRE-CORNUT et E. RUBI-CAVAGNA ; R.T.D.civ., 2001, p. 330, obs. J. HAUSER et p. 439, obs. J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD ; R.P.D.P., 2001, p. 754, obs. R. BERNARDINI ; A. TESSIER, Quelques réflexions sur l'arrêt *Vaudelle*, R.P.D.P., 2002, p. 795 et s.

⁴⁸⁹¹ Rapp., pour des faits similaires à l'affaire *Vaudelle*, Cass. crim., 11 juill. 2007, Bull. crim., n°185 ; R.P.D.P., 2007, p. 895, obs. E. VERGES.

⁴⁸⁹² Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, J.O. du 7 mars 2007, p. 4325 ; R.P.D.P., 2007, p. 756 et s., obs. M. GIACOPELLI ; D. GUIHAL, T. FOSSIER, Le régime des poursuites pénales engagées contre un majeur protégé, J.C.P., 2007, I, 146 ; N. DESCOT, La participation effective du majeur protégé au procès pénal après la loi du 5 mars 2007, A.J. pénal, 2008, p. 21 et s.

⁴⁸⁹³ L'article 706-113 du C.P.P. dispose, par exemple, que le procureur de la République ou le juge d'instruction avise le curateur ou le tuteur, ainsi que le juge des tutelles, des poursuites dont la personne fait l'objet ou si elle fait l'objet d'une alternative aux poursuites, etc. L'article 706-116 énonce que la personne poursuivie doit être assistée par un avocat. A défaut de choix d'un avocat par elle, son curateur ou son tuteur, le magistrat du parquet ou le juge d'instruction fait désigner par le bâtonnier un avocat, l'intéressé étant informé que les frais seront à sa charge sauf s'il peut prétendre à l'aide juridictionnelle.

⁴⁸⁹⁴ N. DESCOT, *op. cit.*, p. 24.

il fait l'objet, le législateur a ajouté « son curateur ou son tuteur »⁴⁸⁹⁵. Pareille nouveauté mérite, là encore, d'être saluée. D'autres personnes que les mineurs ou les majeurs protégés jouissent d'une protection particulière, fondée sur leur fonction cette fois.

b) La protection fondée sur la fonction

993. Il est possible de recenser trois sortes de fonctions protectrices de l'acte coercitif. Les personnes qui les occupent n'échappent pas à toute coercition. Elles disposent néanmoins d'une protection renforcée compte tenu précisément de l'importance de leur fonction. Celle-ci peut concerner l'organisation de la vie de la cité et les relations internationales, l'exercice des droits de la défense ou bien la liberté d'expression. C'est dire que les hommes politiques et agents diplomatiques (α), les avocats (β) et les journalistes (γ) se trouvent davantage protégés contre les actes coercitifs.

α) Les hommes politiques et les agents diplomatiques

994. Eu égard à l'éminence de sa fonction, le président de la République doit, en premier lieu, être placé à l'abri de la coercition, du moins pendant le mandat présidentiel. Sa responsabilité pénale a donné lieu à des controverses, ce qui a entraîné une révision constitutionnelle en 2007. Sans revenir en détails sur ces longs débats, il suffit de rappeler que dans une décision de 1999 sur la Cour pénale internationale⁴⁸⁹⁶, le juge constitutionnel a précisé le sens de l'article 68 de la Constitution⁴⁸⁹⁷ en distinguant selon que le chef de l'Etat a agi dans l'exercice de ses fonctions ou en dehors de celles-ci. Il pose « qu'il résulte de l'article 68 de la Constitution que le président de la République, pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions et hors le cas de haute trahison, bénéficie d'une immunité ; qu'au surplus, pendant la durée de ses fonctions, sa responsabilité pénale ne peut être mise en cause que devant la Haute Cour de justice, selon les modalités fixées par le même article »⁴⁸⁹⁸. Une telle interprétation de ce texte, muet sur la responsabilité pénale du président, a permis au Conseil

⁴⁸⁹⁵ Dans sa version antérieure à la loi du 14 avril 2011, ce texte prévoit que le gardé à vue peut simplement faire prévenir une personne avec laquelle il vit habituellement, l'un de ses parents en ligne directe, l'un de ses frères et sœurs ou son employeur. La doctrine a voulu imposer l'obligation d'information du tuteur ou du curateur depuis plusieurs années : V. J.-P. MARGUENAUD, J.-M. PLAZY, D. ROETS, Les majeurs protégés, parties au procès pénal, Rapport de l'Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques, Limoges, 2003, n°31, p. 27.

⁴⁸⁹⁶ C.C., 22 janv. 1999, n°98-408 DC, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, J.O. du 24 janv. 1999, p. 1317 ; D., 1999, jurisp., p. 285, note P. CHRESTIA ; Rev. sc. crim., 1999, p. 614, obs. A. GIUDICELLI ; B. GENEVOIS, Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international. A propos de la décision n°98-408 DC du 22 janvier 1999, R.F.D.A., 1999, p. 285 et s.

⁴⁸⁹⁷ Lequel dispose, à l'origine : « Le président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison. Il ne peut être mis en accusation que par les deux assemblées statuant par un vote identique au scrutin public et à la majorité absolue des membres les composant ; il est jugé par la Haute Cour de justice ».

⁴⁸⁹⁸ C.C., 22 janv. 1999, n°98-408 DC, préc., cons. 16. *Adde*, le communiqué du Conseil constitutionnel du 10 octobre 2000 : « Conforme au texte de l'article 68 de la Constitution, la décision du 22 janvier 1999 précise que le statut pénal du président de la République, s'agissant d'actes antérieurs à ses fonctions ou détachables de celles-ci, réserve, pendant la durée de son mandat, la possibilité de poursuites devant la seule Haute Cour de justice. Le statut pénal du président de la République ne confère donc pas une "immunité pénale", mais un "privilège de juridiction" pendant la durée du mandat ».

constitutionnel d'étendre le privilège de juridiction aux actes ne relevant pas de l'exercice des fonctions⁴⁸⁹⁹. Cette interprétation extensive reste contestable : elle heurte le principe selon lequel les exceptions sont de droit étroit⁴⁹⁰⁰.

995. Réunie dans sa formation la plus solennelle, la Cour de cassation a jugé que la compétence de la Haute Cour de justice se limite aux actes de haute trahison commis par le chef de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions. En ce qui concerne les poursuites pour les actes détachés de celles-ci commis avant ou pendant le mandat présidentiel, elles relèvent des juridictions pénales ordinaires. Mais ces poursuites ne peuvent être exercées pendant la durée du mandat, la prescription de l'action publique étant suspendue⁴⁹⁰¹. Du point de vue des actes coercitifs, l'Assemblée plénière a surtout considéré que « le président de la République ne peut, pendant la durée de son mandat, être entendu comme témoin assisté, ni être mis en examen, cité ou renvoyé pour une infraction quelconque devant une juridiction pénale de droit commun ; qu'il n'est pas davantage soumis à l'obligation de comparaître en tant que témoin prévue par l'article 101 du Code de procédure pénale, dès lors que cette obligation est assortie par l'article 109 dudit Code d'une mesure de contrainte par la force publique et qu'elle est pénalement sanctionnée »⁴⁹⁰². Il ne peut pas être contraint à comparaître pour témoigner⁴⁹⁰³ ni faire l'objet d'une mise en examen. Il ne saurait dès lors être placé sous contrôle judiciaire ou en détention provisoire. Outre l'immunité de fonction, il jouit d'une inviolabilité provisoire, les actes coercitifs restant prohibés à son encontre durant son mandat⁴⁹⁰⁴.

996. Reprenant l'essentiel du rapport remis en décembre 2002 par la commission de réflexion sur le statut pénal du président de la République, dirigée par le professeur AVRIL, la loi constitutionnelle du 23 février 2007⁴⁹⁰⁵ consacre l'irresponsabilité du chef de l'Etat pour les actes accomplis *ès qualité*⁴⁹⁰⁶,

⁴⁸⁹⁹ V. MALABAT, Responsabilité et irresponsabilité pénale, C.C.C., 2009, n°26, p. 28 et s., spéc. p. 31.

⁴⁹⁰⁰ *Ibid.* ; M.-L. RASSAT, La certitude du statut pénal du président de la République pour les infractions sans rapport avec la fonction, J.C.P., 2007, act., 303 ; B. GENEVOIS, *op. cit.*, p. 297 et 298.

⁴⁹⁰¹ Cass. Ass. plén., 10 oct. 2001, Bull. Ass. plén., n°11 ; R.F.D.A., 2001, p. 1169, note O. JOUANJAN et P. WACHSMANN et p. 1187, note O. BEAUD ; J.C.P., 2002, II, 10024, note C. FRANCK ; Dr. pénal, 2001, comm. n°144, note A. MARON ; R.T.D.civ., 2002, p. 169, obs. N. MOLFESSIS ; G. DELALOY, La Cour de cassation et le statut pénal du président de la République (à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 10 octobre 2001), Dr. pénal, 2002, chron. n°1 ; C. GESLOT, La responsabilité pénale du président de la République selon la Cour de cassation (observations sous l'arrêt de la Cour de cassation, Ass. plén., 10 octobre 2001, n°481), R.P.D.P., 2002, p. 301 et s. L'Assemblée plénière estime donc que le privilège de juridiction accordé au chef de l'Etat ne joue qu'en cas de haute trahison, les actes commis par celui-ci en dehors de l'exercice de ses fonctions relevant des juridictions pénales de droit commun à l'issue du mandat présidentiel.

⁴⁹⁰² *Ibid.* ; A cet égard, J.-F. SEUVIC, Forces et faiblesses de la constitutionnalisation (...), *op. cit.*, p. 134 et 135.

⁴⁹⁰³ Il peut néanmoins accepter de témoigner de façon spontanée, de son plein gré, selon certains : A. MARON, note sous Cass. Ass. plén., 10 oct. 2001, Dr. pénal, 2001, comm. n°144 ; G. DELALOY, *op. cit.* (II, B, 2°).

⁴⁹⁰⁴ V. également en ce sens, J.-H. ROBERT, Le chef de l'Etat : point de vue du pénaliste, R.P.D.P., 2004, p. 147 et s., spéc. p. 154 ; G. CARCASSONNE, Le statut pénal du chef de l'Etat : le point de vue du constitutionnaliste, R.P.D.P., 2004, p. 139 et s., spéc. p. 141.

⁴⁹⁰⁵ Loi constitutionnelle n°2007-238 du 23 fév. 2007 portant modification du titre IX de la Constitution, J.O. du 24 fév. 2007, p. 3354 ; Rev. sc. crim., 2007, p. 573 et s., obs. B. BOULOC ; T.-S. RENOUX, X. MAGNON, Le nouveau régime de responsabilité du chef de l'Etat issu de la révision constitutionnelle du 23 février 2007 : à la recherche d'une responsabilité pénale perdue !, R.P.D.P., 2007, p. 453 et s.

⁴⁹⁰⁶ Art. 67 de la Constitution du 4 octobre 1958.

sauf, le cas échéant, devant la Cour pénale internationale⁴⁹⁰⁷ ou devant la Haute Cour⁴⁹⁰⁸. Dans son deuxième alinéa, l'article 67 de la Constitution prévoit que celui-ci ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française⁴⁹⁰⁹, « être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite. Tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu »⁴⁹¹⁰.

997. Avec cette révision constitutionnelle, le président de la République dispose d'une inviolabilité provisoire pour les actes commis avant l'exercice de ses fonctions ou étrangers à celles-ci. Aucun acte coercitif ne peut être exécuté à son encontre : ni comparution forcée devant un juge⁴⁹¹¹ ni arrestation, placement en garde à vue, sous contrôle judiciaire, en détention provisoire ou assignation à résidence avec surveillance électronique. Hormis la redondance présentée par le texte⁴⁹¹², aucun acte d'information ou de juridiction n'est possible à son égard. Cette protection trouve son fondement dans les missions de garant de la continuité de l'Etat et de préservation des intérêts supérieurs de la nation que la Constitution lui attribue⁴⁹¹³. Aussi il semble naturel que la fonction présidentielle fasse l'objet d'une protection spécifique, notamment contre le harcèlement de prétendues victimes⁴⁹¹⁴. Enfin, la chambre criminelle a refusé de renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité relative au droit du chef de l'Etat de se constituer partie civile⁴⁹¹⁵. En l'absence de dispositions spécifiques, l'Assemblée plénière lui permet d'exercer les droits de la partie civile au procès pénal pendant la durée de son mandat, s'il présente la qualité de victime⁴⁹¹⁶. Après l'avoir été envisagé dans le « rapport JOSPIN »

⁴⁹⁰⁷ Art. 53-2 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁴⁹⁰⁸ Art. 68 de la Constitution du 4 octobre 1958. La notion de « haute trahison » a disparu avec la réforme de 2007, elle est remplacée par celle de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat ». Sur le renforcement de l'irresponsabilité du président et son éventuelle destitution : M. VERPEAUX, *Le faux impeachment à la française ou la nouvelle combinaison du pénal et du politique. A propos de la révision du titre IX de la Constitution*, J.C.P., 2007, I, 141.

⁴⁹⁰⁹ En désignant les « autorités administratives françaises », les rédacteurs du texte ont surtout entendu viser les autorités administratives indépendantes, qui peuvent être dotées d'un pouvoir de contrainte. Ainsi la commission AVRIL cite le cas d'une procédure menée devant l'Autorité des marchés financiers où serait examiné un éventuel délit d'initié. V. T.-S. RENOUX, X. MAGNON, *Le nouveau régime de responsabilité (...)*, *op. cit.*, p. 461 et spéc. la note n°34.

⁴⁹¹⁰ Les instances et procédures auxquelles il est fait obstacle peuvent être reprises ou engagées contre le chef de l'Etat à compter d'un délai d'un mois suivant la cessation des fonctions (art. 67, al. 3 de la Constitution).

⁴⁹¹¹ Le président pourrait spontanément apporter un témoignage ou fournir une pièce à conviction : V. B. BOULOC, *obs. préc.*, p. 574.

⁴⁹¹² Y a-t-il une distinction à opérer entre un acte d'information et un acte d'instruction ? Ces deux termes semblent équivalents. *A priori*, ces dispositions ont été rédigées avec une certaine maladresse. Pour une critique radicale de la réforme, M.-L. RASSAT, *Du statut dit « pénal » du président de la République*, *Dr. pénal*, 2007, Etude n°8, not. n°23, jugeant la réforme « inutile dans son principe », « injustifiée, inapplicable, si ce n'est ridicule ». Pour une autre vision critique, O. PLUEN, *L'inapplicabilité du nouveau régime de responsabilité du président de la République*, R.D.P., 2009, p. 1401 et s.

⁴⁹¹³ T.-S. RENOUX, M. DE VILLIERS (dir.), *Code constitutionnel 2014*, *op. cit.*, « Art. C. 68 », p. 934 et s.

⁴⁹¹⁴ Seul le président de la République fait l'objet d'une protection particulière, non les membres de son cabinet : Cass. crim., 19 déc. 2012, *Bull. crim.*, n°285, *préc.* Sur ce point, O. DECIMA et S. DETRAZ, note sous Cass. crim., 19 déc. 2012, *D.*, 2013, p. 551, *spéc.* p. 553.

⁴⁹¹⁵ V. Cass. crim., 10 nov. 2010, *Bull. crim.*, n°180 ; J.C.P., 2010, act., 1147, *obs.* B. MATHIEU, jugeant la question ni nouvelle ni sérieuse « en ce qu'elle vise, en réalité, à préciser le champ d'application de l'article 2 du Code de procédure pénale, au regard de l'article 67 de la Constitution, ce qui relève de l'office du juge judiciaire ». Sur la question, O. BEAUD, *La constitution de partie civile du chef de l'Etat*, *D.*, 2009, p. 2408.

⁴⁹¹⁶ Cass. Ass. plén., 15 juin 2012, *Bull. Ass. plén.*, n°1 ; J.C.P., 2012, 933, note C. AMBROISE-CASTEROT ; R.P.D.P., 2012, p. 642, *obs.* E. VERNY. Dans sa note, le professeur AMBROISE-CASTEROT a parfaitement identifié le problème soulevé par cette solution : « Le président de la République peut-il n'avoir, en justice, qu'un statut unique : celui de victime

en novembre 2012 et dans le projet de loi constitutionnelle du 13 mars 2013, le statut juridictionnel du président de la République sera sans doute amené à évoluer⁴⁹¹⁷.

998. En deuxième lieu, les ministres ne bénéficient d'aucune immunité. Ils restent pénalement responsables pour les crimes et délits qu'ils ont pu accomplir dans l'exercice de leurs fonctions⁴⁹¹⁸ devant la Cour de justice de la République⁴⁹¹⁹ depuis la réforme constitutionnelle du 27 juillet 1993⁴⁹²⁰ ; et devant les juridictions de droit commun pour les actes délictueux commis en dehors de l'exercice de leurs fonctions⁴⁹²¹. Caractérisée par la judiciarisation de son organisation et de sa procédure, la Cour de justice de la République comprend trois instances : une commission des requêtes, une commission d'instruction et une instance de jugement, correspondant aux trois fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement⁴⁹²². La commission des requêtes examine la plainte déposée contre le membre du Gouvernement. Elle peut faire procéder à des investigations en cas de plainte insuffisamment motivée ou justifiée par les pièces produites.

999. Ces investigations suivent les formes de l'enquête préliminaire, mais ne doivent pas revêtir un caractère coercitif. L'obligation de comparaître et la garde à vue sont exclues⁴⁹²³. Il a été considéré que les pouvoirs d'investigation conférés à cette commission, excluant toute mesure coercitive, ne sont pas de nature à porter atteinte à la liberté individuelle en méconnaissance de l'article 66 de la Constitution⁴⁹²⁴. Exercés par un membre, magistrat à la Cour de cassation, ils restent décidés par la commission des requêtes, qui ne comprend pas exclusivement des magistrats. « En relevant que les mesures coercitives sont exclues », le Conseil constitutionnel « semble indiquer qu'il y aurait, dans le

partie civile ? Et dans ce cas, ce statut unique n'est-il pas, du coup, inique, car déséquilibré, rompant l'égalité des armes et heurtant les grands principes de droit européen ? ».

⁴⁹¹⁷ V. P. CASSIA, Pour une vraie « normalisation » du statut contentieux du président de la République, *in* Politique(s) criminelle(s), Mélanges C. LAZERGES, Dalloz, 2014, p. 365 et s.

⁴⁹¹⁸ Pour une définition des actes commis par un ministre dans l'exercice de ses fonctions : Cass. crim., 26 juin 1995, Bull. crim., n°235, marquant une évolution vers une conception plus stricte de la notion d'actes accomplis dans l'exercice des fonctions. Ils sont « ceux qui ont un rapport direct avec la conduite des affaires de l'Etat relevant de ses attributions (de ministre), à l'exclusion des comportements concernant la vie privée ou les mandats électifs locaux ». Cette position a été confirmée : Cass. crim., 6 fév. 1997, Bull. crim., n°48 ; Cass. crim., 13 déc. 2000, Bull. crim., n°375 (complicité de prise illégale d'intérêts).

⁴⁹¹⁹ Dont la compétence est exclusive : C.C., 22 janv. 1999, n°98-408 DC, préc., cons. 16 : « (...) Les membres du gouvernement ne peuvent être jugés pour les crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions que par la Cour de justice de la République ». Sur cette juridiction d'exception, L. GONDRE, De la Haute Cour à la Cour de justice de la République, R.P.D.P., 2000, p. 74 et s. ; L. GONDRE, J. PRADEL, La Cour de justice de la République : à conserver et à améliorer, J.C.P., 2012, libres propos, 566.

⁴⁹²⁰ Loi constitutionnelle n°93-952 du 27 juillet 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVI, J.O. du 28 juill. 1993, p. 10600 ; B. MATHIEU, La responsabilité pénale des ministres devant la Cour de justice de la République (commentaire de la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993), R.F.D.C., 1993, p. 601 et s. ; Loi organique n°93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République, J.O. du 24 nov. 1993, p. 16168. V. M. DEGOFFE, Responsabilité pénale et responsabilité politique du ministre, R.F.D.C., 1996, p. 385 et s.

⁴⁹²¹ Art. 68-1 *a contrario* de la Constitution du 4 octobre 1958. V. P. CONTE, L'immunité pénale des membres du gouvernement et l'article 68-1 de la Constitution, D., 1999, chron., p. 209 et s.

⁴⁹²² C. COURTIN, Le statut pénal des membres du Parlement et du Gouvernement, R.P.D.P., 2004, p. 157 et s., spéc. p. 169.

⁴⁹²³ V. J.-P. EFFA, La responsabilité pénale des ministres sous la V^e République, L'Harmattan, 2011, Logiques juridiques, préf. D.-G. LAVROFF, p. 452.

⁴⁹²⁴ C.C., 19 nov. 1993, n°93-327 DC, *Loi organique sur la Cour de justice de la République*, J.O. du 23 nov. 1993, p. 16141, cons. 14.

cas contraire, méconnaissance de l'article 66 de la Constitution »⁴⁹²⁵. Fonction d'intérêt général, la fonction gouvernementale suppose une protection. Voilà pourquoi l'exécution d'actes coercitifs apparaît prohibée à l'égard d'un ministre à ce stade de la procédure.

1000. En troisième lieu, les parlementaires jouissent d'une immunité pour les infractions qu'ils pourraient commettre à l'occasion des opinions ou votes qu'ils formulent dans l'exercice de leurs fonctions⁴⁹²⁶. Leur irresponsabilité tend à préserver leur liberté de pensée et d'action, notamment en les protégeant des lois sur la diffamation ou l'injure. Elle ne saurait toutefois conduire à l'impunité⁴⁹²⁷. L'article 26, alinéa 2, de la Constitution prévoit une autre protection pour les députés et sénateurs : l'inviolabilité parlementaire. Il dispose qu' « aucun membre du Parlement ne peut faire l'objet, en matière criminelle ou correctionnelle, d'une arrestation ou de toute autre mesure privative ou restrictive de liberté qu'avec l'autorisation du bureau de l'assemblée dont il fait partie. Cette autorisation n'est pas requise en cas de crime ou délit flagrant ou de condamnation définitive »⁴⁹²⁸. Et le troisième alinéa de ce texte de préciser que la détention, les mesures privatives ou restrictives de liberté ou la poursuite d'un membre du Parlement sont suspendues pour la durée de la session si l'assemblée à laquelle il appartient le requiert⁴⁹²⁹. Loin d'être nouvelle⁴⁹³⁰, cette inviolabilité s'avère essentielle. Elle évite d'empêcher l'exercice du mandat parlementaire et permet d'assurer l'indépendance du Parlement, conformément au principe de la séparation des pouvoirs⁴⁹³¹.

⁴⁹²⁵ J.-P. EFFA, *op. cit.*, p. 453.

⁴⁹²⁶ Art. 26, al. 1 de la Constitution : « Aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions ». Les immunités parlementaires peuvent poser problème au regard du droit d'accès à un juge. La Cour de Strasbourg a souligné qu'on ne peut « de façon générale considérer l'immunité parlementaire comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6 §1 » : CEDH, 30 janv. 2003, *Cordova / Italie* (n°1), n°40877/98, §60. Sur cette question, L. BURGORGUE-LARSEN, L'influence de la Convention européenne sur le *fonctionnement* des cours constitutionnelles, R.I.D.comp., 2008, p. 265 et s., spéc. p. 267 et 268.

⁴⁹²⁷ Pour des développements à ce sujet, B. GENEVOIS, Les immunités prévues par la Constitution et le contrôle juridictionnel (le droit français confronté au droit italien), R.F.D.A., 2000, p. 511 et s., spéc. p. 513 à 515.

⁴⁹²⁸ Le Conseil constitutionnel a déclaré l'article 27 du statut de la Cour pénale internationale contraire à l'article 26 de la Constitution. Dans son 2°, ce texte énonçait que « les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour (pénale internationale) d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ». Le Conseil censure : C.C., 22 janv. 1999, n°98-408 DC, préc., cons. 15 à 17. Il a pourtant été montré qu'il « n'y a pas d'incompatibilité entre l'inviolabilité parlementaire qui n'a pas un caractère absolu, et l'éventualité de la mise en cause devant la Cour d'un membre du Parlement ». Sur la démonstration : B. GENEVOIS, Le Conseil constitutionnel (...), *op. cit.*, p. 294.

⁴⁹²⁹ L'assemblée doit considérer qu'il existe un risque injustifié d'entrave au libre exercice du mandat parlementaire. L'article 26 de la Constitution ne soumet la présentation de la demande d'autorisation de poursuite ou d'arrestation du parlementaire à aucun délai et ne prévoit pas que l'autorisation, lorsqu'elle est accordée, soit subordonnée à une condition : Cass. crim., 19 déc. 1994, Bull. crim., n°421.

⁴⁹³⁰ V. J. CARBONNIER, Instruction criminelle et liberté individuelle, *op. cit.*, p. 85, évoquant un « privilège personnel » pour l'inviolabilité parlementaire et citant l'article 14, al. 1 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875.

⁴⁹³¹ V. Cass. crim., 24 juill. 1952, D., 1952, jurispr., p. 633, rapport PATIN : « Attendu que le principe de l'inviolabilité parlementaire (...) protège sans doute individuellement les membres du Parlement, mais a surtout pour but, par la protection même qu'il leur accorde dans l'exercice de leurs mandats, d'assurer la dignité et l'indépendance de la représentation nationale ». Ce n'est pas le parlementaire en tant que tel qui est protégé (la personne), mais la fonction qu'il exerce (le mandat). Pour des développements approfondis sur le fondement des immunités, J. DELFONT, Responsabilité pénale et fonction politique, L.G.D.J., 2006, Bibl. sc. crim., t. 41, préf. A. DECOCQ, n°20 et s., p. 17 et s.

1001. La levée de l'inviolabilité parlementaire⁴⁹³² n'est pas nécessaire si la procédure judiciaire diligentée porte sur un crime ou un délit flagrant ou si elle n'utilise pas de mesures restrictives ou privatives de liberté. A cet égard, l'obligation faite à un parlementaire de comparaître en qualité de témoin, en application des articles 109 et 153 du C.P.P., ne constitue pas une arrestation ou une mesure privative ou restrictive de liberté au sens de l'article 26, alinéa 2, de la Constitution, dès lors que celui-ci n'y est pas contraint par la force publique⁴⁹³³. De plus, l'inviolabilité parlementaire ne couvre pas le domicile du député ou sénateur. Les visites domiciliaires et perquisitions sont possibles, ainsi que la saisie de biens de l'élu dans les cas prévus par la loi⁴⁹³⁴. L'interception de ses correspondances émises par la voie des télécommunications est également permise par la loi. Il suffit que le juge d'instruction en informe le président de l'assemblée dont l'élu fait partie⁴⁹³⁵. En revanche, la sonorisation et la fixation d'images de son véhicule, son bureau ou son domicile se révèlent prohibées en vertu de l'article 706-96, alinéa 3, du C.P.P. Si l'inviolabilité n'est pas levée (et que le crime ou le délit n'est pas flagrant), nombre d'actes coercitifs demeurent donc interdits : garde à vue, assignation à résidence, détention provisoire, et même le contrôle judiciaire puisque le texte évoque les mesures privatives ou « restrictives de liberté »⁴⁹³⁶.

1002. Il convient d'observer, en quatrième lieu, que les membres du Parlement européen jouissent, pour la durée des sessions de l'assemblée, des mêmes règles que les parlementaires nationaux. C'est l'article 10 du protocole sur les privilèges et immunités des communautés européennes, annexé au traité du 8 avril 1965, qui le prévoit. Ils bénéficient, d'une part, des immunités reconnues aux membres du Parlement de leur pays sur le territoire national. Ils profitent, d'autre part, de l'exemption de toute mesure de détention et de toute poursuite judiciaire sur le territoire de tout autre Etat membre. L'immunité les couvre encore lorsqu'ils se rendent au lieu de réunion de l'assemblée ou en reviennent. Cependant, elle ne peut être invoquée en cas de flagrant délit et ne saurait non plus s'opposer au droit de l'assemblée de lever l'immunité d'un de ses membres⁴⁹³⁷.

1003. En dernier lieu, les agents diplomatiques bénéficient d'une protection propre. Outre l'immunité de la juridiction pénale de l'Etat accréditaire qui leur est accordée pendant la durée de leur mission dans le pays où ils sont accrédités – sauf s'ils ont la nationalité de l'Etat accréditaire ou s'ils y

⁴⁹³² Seule l'inviolabilité peut être levée, non l'immunité, comme le fait justement remarquer la doctrine : S. GUINCHARD, J. BUISSON, Procédure pénale, *op. cit.*, n°1444.

⁴⁹³³ Cass. crim., 19 sept. 2007, Bull. crim., n°217.

⁴⁹³⁴ C. COURTIN, Le statut pénal (...), *op. cit.*, p. 162.

⁴⁹³⁵ Art. 100-7 du C.P.P. La Cour de cassation a refusé l'application de ces dispositions aux députés européens, elles sont seulement applicables aux députés de l'Assemblée nationale et aux sénateurs de la République : Cass. crim., 16 mars 2005, Bull. crim., n°97 ; Rev. sc. crim., 2005, p. 598, obs. A. GIUDICELLI.

⁴⁹³⁶ En ce sens aussi : C. COURTIN, *op. cit.*, p. 167. L'auteur souligne (p. 165 et 166) une « réduction » de l'inviolabilité parlementaire depuis la réforme opérée par une loi constitutionnelle n°95-880 du 4 août 1995, J.O. du 5 août 1995, p. 11744. Pour une appréciation positive des modifications apportées par cette loi de 1995 au régime de l'inviolabilité parlementaire, B. GENEVOIS, Les immunités prévues par la Constitution (...), *op. cit.*, p. 524.

⁴⁹³⁷ V. T.-S. RENOUX, M. DE VILLIERS, Code constitutionnel 2014, *op. cit.*, « Art. C. 26 », p. 626 et s., spéc. p. 629 et l'arrêt cité.

ont leur résidence permanente –⁴⁹³⁸, la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques énonce des garanties substantielles à leur sujet⁴⁹³⁹. Dans son article 29, elle pose le principe de l’inviolabilité de l’agent diplomatique et précise qu’ « il ne peut être soumis à aucune forme d’arrestation ou de détention »⁴⁹⁴⁰. Cela signifie qu’il ne peut faire l’objet d’une interpellation, d’une fouille à corps, d’un placement en garde à vue, d’une mesure de rétention ou de détention. Les membres de sa famille, ainsi que le personnel administratif et technique de l’ambassade, disposent de la même protection lorsqu’ils ne sont pas ressortissants de l’Etat accréditaire⁴⁹⁴¹. Il n’y a pas que la personne de l’agent diplomatique qui soit inviolable. Ses documents, sa correspondance et ses biens le sont aussi⁴⁹⁴². La Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires stipule, pour sa part, que les fonctionnaires et employés consulaires bénéficient d’une immunité de juridiction pour les actes accomplis dans l’exercice de leurs fonctions. Ils peuvent néanmoins être arrêtés et placés en détention provisoire en cas de crime grave⁴⁹⁴³. Il convient à présent de s’intéresser à la protection dont fait l’objet l’avocat contre les actes coercitifs.

β) Les avocats

1004. Aux termes de l’article 100-5, alinéa 3, du C.P.P., les correspondances échangées avec un avocat relevant de l’exercice des droits de la défense ne peuvent être transcrites à peine de nullité. Respecter la confidentialité de ces correspondances émises par la voie des télécommunications demeure fondamental afin d’assurer l’effectivité des droits de la défense⁴⁹⁴⁴. La jurisprudence veille à l’observation de ce principe. L’interception concernant un avocat ne peut être réalisée que s’il est lui-même soupçonné d’avoir participé à l’infraction et non en sa seule qualité d’avocat du mis en examen⁴⁹⁴⁵. Dans son troisième alinéa, l’article 706-96 du C.P.P. prohibe de plus la mise en œuvre du dispositif de sonorisation ou de fixation d’images dans le véhicule, le bureau et le domicile de l’avocat. Visant à sauvegarder les droits de la défense, cette interdiction légale a été propre à cet acte

⁴⁹³⁸ V. Cass. crim., 8 avril 2010, D., 2010, act., p. 1081, obs. M. LENA, précisant que les agents diplomatiques ayant la nationalité de l’Etat accréditaire ne bénéficient de l’immunité de juridiction et de l’inviolabilité que pour les actes officiels accomplis dans l’exercice de leurs fonctions (représentant permanent auprès de l’Unesco en l’espèce).

⁴⁹³⁹ Pour jouir de cette protection spéciale, encore faut-il que l’individu soit réellement un agent diplomatique : Cass. crim., 20 sept. 2000, Inédit, n°00-84335, où l’intéressé n’avait pas la qualité de diplomate roumain.

⁴⁹⁴⁰ Le texte se termine ainsi : « L’Etat accréditaire le traite avec le respect qui lui est dû, et prend toutes mesures appropriées pour empêcher toute atteinte à sa personne, sa liberté et sa dignité ».

⁴⁹⁴¹ Art. 37.1 et 37.2 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961. Mais, là encore, logiquement, il faut que l’individu ait la qualité d’agent diplomatique pour que son épouse puisse bénéficier de l’inviolabilité : V. Cass. crim., 20 sept. 2000, Inédit, n°00-84336.

⁴⁹⁴² Art. 30.2 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961, ce texte prévoyant la réserve du 3° de l’article 31, aux termes duquel « aucune mesure d’exécution ne peut être prise à l’égard de l’agent diplomatique, sauf dans les cas prévus aux alinéas a), b) et c) du paragraphe 1 du présent article, et pourvu que l’exécution puisse se faire sans qu’il soit porté atteinte à l’inviolabilité de sa personne ou de sa demeure ». Cette protection bénéficie aux membres de la famille de l’agent diplomatique et à ceux du personnel administratif et technique de la mission.

⁴⁹⁴³ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2492.

⁴⁹⁴⁴ Cette question sera examinée rapidement, car elle a déjà été traitée. Signalons que l’avocat interne à l’entreprise ne bénéficie pas de la protection de la confidentialité : CJUE, 14 sept. 2010, *Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals / Commission*, aff. C-550/07 P ; J.C.P., 2010, act., 954, obs. F. PICOD.

⁴⁹⁴⁵ V. entre autres : Cass. crim., 15 janv. 1997, Bull. crim., n°14, préc. ; Cass. crim., 17 sept. 2008, Bull. crim., n°191, préc.

coercitif avant l'introduction de la géolocalisation en droit positif, elle aussi exclue pour le cabinet et le domicile d'un avocat⁴⁹⁴⁶. En revanche, l'exclusion n'est prévue par la loi ni pour les écoutes téléphoniques⁴⁹⁴⁷, ni pour les perquisitions. En ce qui concerne ces deux actes coercitifs, le législateur s'est contenté de prévoir certaines garanties dans un souci de préservation des droits de la défense. On peut s'étonner de la disparité créée par le législateur : pourquoi avoir interdit la géolocalisation, acte beaucoup moins intrusif dans la vie privée que les interceptions téléphoniques, au cabinet et au domicile de l'avocat alors que celles-ci y sont autorisées sous certaines conditions⁴⁹⁴⁸ ?

1005. Une protection particulière demeure encore accordée à l'avocat placé sous contrôle judiciaire. Le juge d'instruction souhaite parfois lui interdire d'exercer son activité professionnelle afin d'éviter la réitération de l'infraction. L'article 138, alinéa 2, 12° du C.P.P. précise que le conseil de l'ordre, saisi par le magistrat instructeur ou le juge des libertés et de la détention, possède une compétence exclusive pour prononcer cette mesure. Le juge d'instruction (ou le juge des libertés et de la détention selon le cas) ne peut donc plus directement défendre à un avocat l'exercice de sa profession. Il doit saisir le conseil de l'ordre qui statue dans les quinze jours de sa saisine en tant qu'organe disciplinaire et à charge d'appel⁴⁹⁴⁹. L'interdiction d'exercer l'activité d'avocat ne se confond pas avec d'autres interdictions susceptibles d'être prononcées à son encontre au titre du contrôle judiciaire, comme celle qui lui est faite de se rendre dans des lieux situés hors du ressort du barreau où il est inscrit, prononcée en application de l'article 138, alinéa 2, 3° du C.P.P.⁴⁹⁵⁰ ; ou celle de s'abstenir de rencontrer ou recevoir son client ou d'entrer en relation avec lui, lorsqu'ils sont tous deux mis en examen dans la même procédure⁴⁹⁵¹. Il n'empêche qu'en raison de sa fonction, l'avocat jouit d'une protection spécifique contre les actes coercitifs. Les journalistes disposent aussi de quelques garanties à l'égard de tels actes.

γ) Les journalistes

1006. Il ne s'agit pas d'étudier les perquisitions opérées dans les locaux d'une entreprise de presse ou au domicile d'un journaliste, car cette question a déjà fait l'objet de développements. Il convient en

⁴⁹⁴⁶ Art. 230-34 du C.P.P. D'autres lieux sont encore exclus : cabinet et domicile d'un magistrat, cabinet d'un médecin, étude de notaire ou d'huissier, locaux et véhicules d'entreprise de presse, domicile d'un journaliste.

⁴⁹⁴⁷ L'article 100-7 du C.P.P. se limite à poser qu'« aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile sans que le bâtonnier en soit informé par le juge d'instruction », ce qui signifie *a contrario* que l'interception est possible si le bâtonnier a été prévenu.

⁴⁹⁴⁸ Dénonçant aussi cette complexité inutile : P. LE MONNIER DE GOUVILLE, Le régime juridique de la géolocalisation (...), *op. cit.*, p. 6.

⁴⁹⁴⁹ Introduite par la loi du 15 juin 2000, cette disposition est venue « lever l'ambiguïté antérieure du texte, issu de la loi du 4 janvier 1993, et en application duquel la chambre criminelle a retenu qu'il était seulement imposé au juge d'instruction, lorsqu'il a interdit à un avocat l'exercice de sa profession, d'en informer le conseil de l'ordre pour permettre à cette instance d'en tirer, en matière disciplinaire et au regard des règles de la profession, toutes conséquences qu'il estimera utiles (Cass. crim., 22 oct. 1997, Bull. crim., n°346) » : E. DE LA LANCE, Le juge pénal (...), *op. cit.*, p. 143.

⁴⁹⁵⁰ Cass. crim., 9 mars 2011, Bull. crim., n°51.

⁴⁹⁵¹ Cass. crim., 12 oct. 2011, Bull. crim., n°205 (en application de l'article 138, al. 2, 9° du C.P.P.).

revanche d'indiquer que la loi du 4 janvier 2010 a enrichi l'article 100-5 du C.P.P. d'un quatrième alinéa. Selon celui-ci, « à peine de nullité, ne peuvent être transcrites les correspondances avec un journaliste permettant d'identifier une source en violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ». Ce sont essentiellement les écoutes téléphoniques qui sont visées, mais le dispositif ne s'y limite pas. Ces dispositions ont rassuré la profession, inquiète à la suite d'arrêts de la chambre criminelle peu respectueux du secret des sources⁴⁹⁵². Celle-ci avait considéré que « le droit reconnu à un journaliste de ne pas révéler l'origine de ses informations n'interdit pas de retranscrire la conversation qu'il peut avoir avec une personne dont la ligne téléphonique fait l'objet d'une surveillance lorsque (...) la mesure est nécessaire à la recherche d'une infraction et proportionnée au but à atteindre »⁴⁹⁵³. En définitive, les causes de variation de l'acte coercitif se révèlent multiples, ce qui a pour effet de souligner ses déclinaisons irréductibles. Ces dernières tendent en réalité à s'estomper dès lors que les formes de variation de cet acte restent encadrées.

Section II – Les déclinaisons effacées : l'encadrement des formes de variation

1007. A titre principal, l'acte coercitif varie de deux façons distinctes : d'une part, en intensité, d'autre part, en durée. Si ses modalités fluctuent, des limites sont systématiquement posées. Ces formes de variation semblent maîtrisées par un rempart de garanties et de principes directeurs. Il existe donc un dépassement de celles-ci, ce qui conduit à gommer, du moins à restreindre les déclinaisons de l'acte coercitif. Le dépassement de ses variations d'intensité (§1) se double d'un dépassement de ses variations de durée (§2).

§1 – Le dépassement des variations d'intensité de l'acte coercitif

1008. Il importe peu que les actes coercitifs ne possèdent pas tous la même intensité. Certaines règles techniques, comme certains grands principes, vont au-delà de telles variations. Ces dernières apparaissent enserrées dans un cadre déterminé. Est, en quelque sorte, établi un plafond du degré de l'acte coercitif. Tant la technique (A) que les principes (B) dépassent les variations d'intensité de cet acte et contribuent à son encadrement.

A – La contribution de la technique

1009. Sous le terme de « technique », il faut comprendre les règles techniques du procès pénal par opposition à ses principes fondamentaux ou directeurs. La démarche peut alors surprendre d'étudier « le particulier » avant d'évoquer « le général ». D'ordinaire, celui-ci doit toujours être traité avant

⁴⁹⁵² V. P. AUVRET, Commentaire de la loi n°2010-1 du 4 janvier 2010 (...), *op. cit.*, n°17.

⁴⁹⁵³ Cass. crim., 30 oct. 2006, Bull. crim., n°258, préc.

celui-là. Seulement, l'étude préalable des variations d'intensité caractérisées de l'acte coercitif (1°) s'impose. Elle s'avère d'emblée nécessaire pour cerner au mieux les limites posées à de telles variations. Et elle ne paraît possible qu'avec l'examen des règles techniques. Il sera ensuite plus aisé de saisir comment ces variations d'intensité se trouvent canalisées (2°).

1°- Les variations d'intensité caractérisées

1010. L'intensité de l'acte coercitif dépend du cadre juridique de la procédure. Même si elle tend à s'aligner au fil des réformes successives sur le régime de l'enquête de flagrance, l'enquête préliminaire conserve un caractère moins coercitif. Elle permet d'exercer une coercition qui peut être regardée comme simple⁴⁹⁵⁴. Fondée sur l'urgence, l'enquête sur infraction flagrante autorise, elle, une coercition accrue⁴⁹⁵⁵. L'obtention de l'assentiment des personnes n'est pas une condition de l'exécution des différentes mesures. C'est toutefois au cours de l'information judiciaire (et dans la phase de jugement) que la contrainte se révèle la plus intense. Ce cadre procédural offre aux juges toute une gamme d'actes très coercitifs, tels le contrôle judiciaire, l'assignation à résidence avec surveillance électronique et surtout la détention provisoire. La coercition apparaît d'ailleurs extrême ou exceptionnelle lorsque la procédure concerne une affaire de criminalité organisée. Seule une instruction préparatoire permet la mise en œuvre de la sonorisation et de la fixation d'images⁴⁹⁵⁶. Dans des conditions proches de l'enquête de flagrance, des perquisitions de nuit sont admises⁴⁹⁵⁷ et la durée des gardes à vue se trouve allongée de manière substantielle.

1011. Indépendamment du cadre juridique de la procédure dans lequel les actes coercitifs sont accomplis, ceux-ci n'occasionnent pas tous un grief de même degré. Ces actes génèrent un grief de nature identique, spécifique, qui consiste en une atteinte aux libertés individuelles. Mais, intrinsèquement, ils affectent plus ou moins fortement ces libertés. Leur intensité varie de l'un à l'autre. Certains causent un grief plus grave, davantage intense. Pour exemple, il semble possible de classer, par ordre croissant d'atteinte aux libertés, le contrôle et la vérification d'identité, puis la garde à vue, enfin la détention provisoire. Si la rétention relative à la recherche d'identité ne peut dépasser quelques heures dans un commissariat de police ou un local de gendarmerie, la garde à vue peut atteindre deux jours et la détention provisoire s'étale parfois sur des mois, voire des années dans un

⁴⁹⁵⁴ Il s'agit en outre d'une coercition conditionnée à l'autorisation d'un magistrat dans certains cas. Il en va ainsi pour les perquisitions, visites domiciliaires et saisies que le juge des libertés et de la détention peut autoriser lorsque les nécessités de l'enquête relative à un crime ou un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement l'exigent. L'assentiment de la personne concernée n'est donc pas nécessaire (art. 76, al. 4 du C.P.P.).

⁴⁹⁵⁵ Sur ce point, J. PRADEL, L'urgence en procédure pénale, *in* Les procédures d'urgence en droit judiciaire privé, droit pénal et droit administratif, XII^{ème} colloque des I.E.J., Pau 28-29 et 30 mai 1979, n°162 et 163.

⁴⁹⁵⁶ Art. 706-96 *in limine* du C.P.P. : « Lorsque les nécessités de l'information concernant un crime ou un délit entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, le juge d'instruction peut, après avis du procureur de la République, autoriser par ordonnance motivée (...) ».

⁴⁹⁵⁷ Comp., art. 706-89 et 706-91 du C.P.P.

établissement pénitentiaire. La distinction légale entre contrôle, vérification et relevé d'identité repose sur l'intensité du contrôle. Approfondissement du contrôle, la vérification demeure pratiquée lorsque l'individu n'est pas en mesure ou refuse de justifier de son identité⁴⁹⁵⁸. Le relevé ne constitue qu'un type particulier de contrôle conférant des pouvoirs restreints à ceux qui en sont chargés⁴⁹⁵⁹.

1012. Le législateur tient compte de la gravité du grief, propre à l'acte coercitif, lorsqu'il en fixe le régime. Il établit une gradation suivant l'importance de l'atteinte portée à la vie privée. L'installation d'un dispositif de sonorisation ou de fixation d'images suppose que les O.P.J. obtiennent du magistrat instructeur une autorisation spéciale à partir du moment où ils doivent s'introduire dans un lieu privé. S'il s'agit d'un lieu d'habitation et que la mise en place doit avoir lieu de nuit (entre 21 heures et 6 heures), cette autorisation est délivrée par le juge des libertés et de la détention saisi à cette fin par le juge d'instruction⁴⁹⁶⁰. L'appréciation de la nécessité de la mesure par un juge extérieur à l'affaire – à l'instar du placement en détention provisoire – institue une garantie supplémentaire en faveur des justiciables. Cette protection légale a une explication simple. L'atteinte à la vie privée s'avère plus grave lorsque l'opération se déroule dans un lieu d'habitation, de surcroît la nuit. La prise en considération de la gravité du grief engendré par l'acte coercitif se retrouve avec les perquisitions nocturnes. Si le juge des libertés et de la détention jouit d'une compétence exclusive pour les autoriser en enquête sur infraction flagrante, c'est le juge d'instruction qui détient ce pouvoir durant l'information. Celui-ci demeure compétent pour donner son accord lorsque les opérations concernent des lieux d'habitation, à condition toutefois qu'il y ait urgence, comme l'exige l'article 706-91, alinéa 2, du C.P.P.⁴⁹⁶¹. Imposer cette condition d'urgence encadre la mesure. Cela évite qu'elle soit exécutée de façon excessive. La loi a ainsi pris quelques précautions particulières. Caractérisées, les variations d'intensité de l'acte coercitif paraissent maîtrisées.

2°- Les variations d'intensité canalisées

1013. Quel que soit le degré de l'acte coercitif accompli en procédure pénale, il reste soumis à deux règles techniques importantes. Il s'agit de la prohibition du détournement d'un tel acte (a). Il existe une règle différente pouvant être résumée de la sorte : « coercion sur coercion ne vaut » (b).

⁴⁹⁵⁸ Art. 78-3 du C.P.P.

⁴⁹⁵⁹ Art. 78-6 du C.P.P. ; F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2227.

⁴⁹⁶⁰ Art. 706-96, al. 2 du C.P.P. Mais l'autorisation de pénétrer dans un domicile donnée par le juge des libertés et de la détention ne peut suppléer l'autorisation de procéder à la sonorisation qui doit être délivrée par le juge d'instruction : Cass. crim., 27 fév. 2008, Bull. crim., n°53.

⁴⁹⁶¹ C'est-à-dire s'il s'agit d'un crime ou d'un délit flagrant (1°), s'il existe un risque immédiat de disparition des preuves ou des indices matériels (2°), ou s'il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'une ou plusieurs personnes se trouvant dans les locaux où la perquisition doit avoir lieu sont en train de commettre des crimes ou des délits entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 du C.P.P. (3°).

a) La prohibition du détournement de l'acte coercitif

1014. Cette interdiction renvoie aux détournements de procédure qui doivent être combattus. Une distinction subsiste entre le contournement de la procédure et son détournement. Le premier évoque un procédé déloyal qui consiste, pour un policier, à se placer hors du cadre procédural prévu pour l'exécution d'un acte afin de recueillir des éléments d'information qu'il n'aurait pu obtenir en se conformant aux exigences légales⁴⁹⁶². A titre d'illustration, les O.P.J. font effectuer par un particulier un acte attentatoire à un droit fondamental, en général le droit à la vie privée, qu'ils ne pourraient opérer eux-mêmes sans respecter des règles légales⁴⁹⁶³. Quant au détournement de procédure, il apparaît comme une forme de fraude à la loi consistant, pour les agents de l'autorité publique, à se placer faussement dans le champ d'application d'une disposition légale dans l'unique but de bénéficier de pouvoirs conférés par celle-ci, dont ils n'auraient disposé s'ils avaient respecté la loi⁴⁹⁶⁴. Il tend à « un détournement de pouvoirs puisqu'il s'agit d'utiliser des pouvoirs à d'autres fins que celles pour lesquelles ils ont été accordés »⁴⁹⁶⁵. Forme de déloyauté, il se distingue du contournement de procédure en ce que celui-ci consiste à se placer hors de tout cadre procédural⁴⁹⁶⁶. L'évitement des formalités protectrices de la loi de 1897 en a été, pendant longtemps, une illustration éclatante. Des informations ont été obtenues au moyen de la garde à vue, sans avocat, dans des cas où les autorités devaient ouvrir une information et respecter les droits de la défense⁴⁹⁶⁷.

1015. L'acte coercitif ne peut jamais servir au contournement ou au détournement de la procédure. Il doit rester étranger à ces procédés qui, l'un comme l'autre, aboutissent à éluder les protections légales et entraînent l'annulation de la procédure. En droit pénal international, « les conceptions se fondent parfois sur les nécessités : on pourra juger valablement, dans un pays déterminé, celui qui a été appréhendé à l'étranger dans des conditions illégales » ; *male captus, bene detentus* a-t-on coutume d'affirmer⁴⁹⁶⁸. Il faut se souvenir de l'arrêt *Bozano*⁴⁹⁶⁹ condamnant la France pour une privation de liberté ni régulière ni compatible avec le droit à la sûreté. Dans cette affaire, « il s'agissait en réalité

⁴⁹⁶² F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°576.

⁴⁹⁶³ *Ibid.* Pour des exemples : Cass. crim., 11 mai 2006, Bull. crim., n°132, préc. ; Cass. crim., 12 fév. 2008 (1^{er} arrêt, n°07-87862), R.P.D.P., 2008, p. 381, obs. C. AMBROISE-CASTEROT, préc., pour une fouille réalisée par des particuliers sous les yeux de policiers et n'étant pas constitutive d'une perquisition selon la Cour de cassation. Vu que la fouille est pratiquée par de simples particuliers (et non des policiers), les dispositions de l'article 56 du C.P.P. n'ont pas à s'appliquer, ce qui amoindrit considérablement les garanties des justiciables.

⁴⁹⁶⁴ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°577.

⁴⁹⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁹⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁹⁶⁷ Ce procédé a été dénoncé : V. M. GARÇON, Défense de la liberté individuelle, *op. cit.*, p. 84 et 85 et p. 113 et s. ; J. NORMAND, Rapport de synthèse, *in* Regards sur la défense pénale, *op. cit.*, p. 270 et 271.

⁴⁹⁶⁸ J. LARGUIER, A.-M. LARGUIER, Le rejet de l'analyse rétroactive en matière pénale, *op. cit.*, n°52, p. 796. V. B. BOULOC, Les abus en matière de procédure pénale, *Rev. sc. crim.*, 1991, p. 221 et s., spéc. p. 231 et les références citées dans les notes n°61, 62 et 63 ; Cass. crim., 2 avril 2014, n°13-80474 ; E.C.P.B., préc. (affaire *Krombach*), rappelant que « les conditions dans lesquelles cette personne a été enlevée, transportée sur le territoire national et livrée à la justice n'apparaissent pas imputables, directement ou indirectement, aux autorités françaises ».

⁴⁹⁶⁹ CEDH, 18 déc. 1986, *Bozano / France*, n°9990/82, préc.

d'une mesure d'extradition déguisée, destinée à tourner l'avis défavorable que la chambre d'accusation de la cour d'appel de Limoges avait exprimé (...), et non d'une "détention" nécessaire dans le cadre normal d'une "procédure d'expulsion" »⁴⁹⁷⁰.

1016. Les détournements d'actes coercitifs demeurent pourtant fréquents. Un acte de cette nature ne saurait être accompli aux seules fins d'exécuter un autre acte coercitif. Il est prohibé de prescrire une perquisition dans l'unique but d'installer un dispositif de sonorisation ou de fixation d'images⁴⁹⁷¹. De manière proche, si la sonorisation d'une cellule de garde à vue ne semble pas en elle-même défendue⁴⁹⁷², les enquêteurs ne peuvent pas recourir à une véritable mise en scène en plaçant des suspects dans des geôles contiguës afin d'écouter des confidences, un tel procédé conduisant l'individu à s'auto-incriminer⁴⁹⁷³. Un acte coercitif doit être effectué dans un but précis, pour une infraction déterminée⁴⁹⁷⁴. C'est la règle **de la spécialité de l'acte coercitif**, surtout évoquée à propos de l'extradition, du mandat d'arrêt européen⁴⁹⁷⁵, des interceptions téléphoniques et des perquisitions et saisies. L'article 706-93 du C.P.P. prévoit qu'à peine de nullité, les perquisitions nocturnes ne peuvent avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions mentionnées dans les décisions les autorisant. Cette disposition vise à prévenir un possible détournement de procédure. Un acte coercitif ne saurait pas plus être détourné de sa finalité. Son intensité s'avère limitée par son objet. La garde à vue s'analyse comme un acte probatoire, voire conservatoire. Or, elle ne doit jamais être utilisée à titre de sanction, par exemple pour punir l'intéressé d'outrages qu'il aurait commis envers les policiers⁴⁹⁷⁶. De même, le recours à cette mesure, tel qu'il a été préconisé par une circulaire du 21 février 2006, a pu caractériser un détournement de procédure par le passé. Subi par l'étranger, l'acte coercitif a semblé uniquement utilisé en vue de favoriser la rétention administrative ultérieure⁴⁹⁷⁷. La stricte nécessité de l'acte coercitif a été, bien entendu, méconnue dans pareille hypothèse⁴⁹⁷⁸.

⁴⁹⁷⁰ §60 de l'arrêt *Bozano*. Sur la question, F. FAZLOLLAHI, La fraude à l'extradition, Thèse, Paris XI, 2000.

⁴⁹⁷¹ Cass. crim., 15 fév. 2000, Bull. crim., n°68, préc.

⁴⁹⁷² Sur cette thèse : A. MARON et M. HAAS, note sous Cass. crim., 7 janv. 2014, Dr. pénal, 2014, comm. n°32.

⁴⁹⁷³ Cass. crim., 7 janv. 2014, Bull. crim., n°1, préc., même si la Cour de cassation n'a pas censuré l'arrêt de la chambre de l'instruction au motif d'un détournement de procédure.

⁴⁹⁷⁴ La jurisprudence a toutefois affirmé, comme en matière de garde à vue, que les agents des douanes peuvent interroger une personne, placée en retenue douanière pour un délit douanier flagrant, sur d'autres infractions douanières : Cass. crim., 23 mars 2011, Bull. crim., n°59. En l'espèce, les juges du fond avaient annulé les procès-verbaux établis pendant la retenue douanière et portant sur des infractions non flagrantes révélées par l'individu interrogé à l'occasion de celle-ci. Ils énonçaient que la procédure de retenue douanière avait été « partiellement détournée de son objet ». La chambre criminelle casse l'arrêt.

⁴⁹⁷⁵ V. Cass. crim., 6 nov. 2013, Bull. crim., n°219, préc., d'où il ressort que le recueil de déclarations d'une personne remise, n'ayant pas renoncé au principe de spécialité, consignées par procès-verbal joint à la demande d'extension des effets d'un mandat d'arrêt européen, constitue une formalité substantielle dont l'omission porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne mise en examen, laquelle ne peut être privée du droit d'en contester la régularité dans le délai légalement prévu.

⁴⁹⁷⁶ V. pourtant, Cass. crim., 4 janv. 2005, J.C.P., 2005, II, 10176, note P. CONTE, préc.

⁴⁹⁷⁷ Ce qui a été dénoncé : V. P.-J. DELAGE, La liberté individuelle sacrifiée, *op. cit.*, n°5 à 8, notant qu'« (...) admettre de placer un étranger en garde à vue avec pour unique perspective le classement sans suite de la procédure pénale, afin "de laisser prospérer la seule procédure administrative" revient à considérer que la mesure de détention policière est dépourvue de tout fondement légal ».

⁴⁹⁷⁸ Dans le même sens, P.-J. DELAGE, *op. cit.*, n°7.

1017. Il est vrai que la garde à vue fait l'objet de détournements divers. A cet égard, la Cour européenne relève des violations flagrantes des stipulations conventionnelles⁴⁹⁷⁹. Bien avant la réforme opérée par la loi du 14 avril 2011, la jurisprudence interne a exigé le placement immédiat de la personne en garde à vue lorsqu'elle est retenue à la disposition de l'O.P.J. sous la contrainte. La mesure comprend un mécanisme protecteur (les droits) qui doit profiter à la personne concernée⁴⁹⁸⁰. Cette situation s'applique, en particulier, si l'intéressé est interpellé en flagrance comme « auteur présumé » d'une infraction. Il en va différemment en enquête préliminaire. L'O.P.J. dispose d'une latitude plus grande pour décider de la mise en garde à vue. Il apprécie le moment auquel l'acte doit être exécuté, sous réserve que sa décision ne porte pas atteinte aux droits de la défense. Elle ne saurait donc être motivée par un détournement de procédure consistant à différer le placement en garde à vue qui s'impose de façon évidente⁴⁹⁸¹.

1018. Un détournement de procédure peut encore intervenir à l'occasion d'un contrôle d'identité⁴⁹⁸². En outre, les règles de compétence ne sauraient être éludées par un détournement de procédure commis par combinaison des différents pouvoirs d'investigation, accordés soit à des agents enquêteurs distincts, O.P.J. ou fonctionnaires (douaniers, inspecteurs des impôts), soit au même enquêteur⁴⁹⁸³. En effet, « les pouvoirs d'investigation conférés aux officiers et agents de police judiciaire ou à certains fonctionnaires par des lois spéciales ne peuvent être exercés que dans les conditions et dans les limites fixées par les textes qui les prévoient, sans qu'il leur soit permis de mettre en œuvre, par un détournement de procédure, des pouvoirs que la loi ne leur a pas reconnus »⁴⁹⁸⁴. Les actes coercitifs réalisés grâce à ce détournement de pouvoir sont sanctionnés⁴⁹⁸⁵. Mais des gendarmes se trouvant légalement dans un débit de boissons pour prêter assistance à des agents des douanes qui y opèrent un

⁴⁹⁷⁹ V. par ex., CEDH, 8 nov. 2005, *Karagöz / Turquie*, n°78027/01, préc., §56 à 60 ; CEDH, 22 juill. 2008, *Tonka et autres / Turquie*, n°11381/02, préc., §70 à 75. Dans ces affaires, les faits sont similaires. Après une longue garde à vue (neuf jours dans l'affaire *Tonka*), les individus sont placés en détention provisoire. Puis, ils reviennent dans les locaux de la police pour interrogatoire, en l'absence de tout contrôle judiciaire efficace. Ils se retrouvent donc « dans une situation équivalente à une garde à vue » (pendant environ quinze jours dans l'affaire *Tonka*), ce qui permet aux autorités de contourner la législation en vigueur concernant les délais de garde à vue. La violation de l'article 5 de la Convention est évidente.

⁴⁹⁸⁰ Cass. crim., 6 déc. 2000, Procédures, 2001, comm. n°115, note J. BUISSON ; Cass. crim., 6 déc. 2000, Dr. pénal, 2001, comm. n°39, note A. MARON, préc. ; Cass. crim., 6 mai 2003, Procédures, 2003, comm. n°178, note J. BUISSON.

⁴⁹⁸¹ V. Cass. crim., 13 nov. 1996, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°207 note J. BUISSON ; Cass. crim., 19 fév. 1997, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°209, note J. BUISSON, préc. ; Cass. crim., 4 mars 1998, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°214, note J. BUISSON, préc. (solution implicite).

⁴⁹⁸² Cass. crim., 3 mai 2007, A.J. pénal, 2007, jurispr., p. 329, obs. C. GIRAULT, préc. Le détournement est constitué ici par l'application de l'article 78-2, al. 4 du C.P.P. dont la finalité est étrangère au motif de contrôle d'identité de police judiciaire. Sur l'article 78-2, al. 4, en partie réécrit par la loi n°2011-267 du 14 mars 2011, V. CA Douai, 10 sept. 2010, D., 2010, act., p. 2367, obs. C. GIRAULT.

⁴⁹⁸³ G. CLEMENT, Regards sur les nullités (...), *op. cit.*, p. 105.

⁴⁹⁸⁴ Cass. crim., 18 déc. 1989, Bull. crim., n°485 ; J.C.P., 1990, II, 21531, note P. CHAMBON.

⁴⁹⁸⁵ Cass. crim., 18 déc. 1989, préc., condamnant le recours aux agents des douanes dans la mesure où ceux-ci ne sont intervenus que pour permettre la visite d'un véhicule que les policiers ne pouvaient eux-mêmes opérer, s'agissant d'une simple contravention au Code de la route (utilisation d'un « détecteur anti-radar »). V. J. PANNIER, La preuve en matière douanière, D., 2009, chron., p. 1552 et s., spéc. p. 1554 ; S. RIDEAU-VALENTINI, Les droits de la défense (...), *op. cit.*, p. 207 ; B. BOULOC, Les abus (...), *op. cit.*, p. 228 et 229. *Add.*, Cass. crim., 22 fév. 1996, Dr. pénal, 1996, comm. n°130, note J.-H. ROBERT (perquisition en compagnie d'agents du fisc).

contrôle en exécution du pouvoir dont ils sont investis, peuvent constater une infraction flagrante, ouvrir une enquête de flagrance et procéder à une perquisition et à une saisie⁴⁹⁸⁶.

1019. Au cours de leurs investigations, les autorités policières et judiciaires peuvent toujours découvrir d'autres faits. Tel est le cas lors de l'exécution d'actes coercitifs. Pareille situation se distingue des détournements de procédure. Il s'avère admis d'exploiter ces actes et d'engager des procédures incidentes, quel que soit le cadre procédural. La jurisprudence s'est d'abord montrée réticente à l'égard des saisies incidentes. Dans un arrêt ancien⁴⁹⁸⁷, elle a affirmé l'interdiction des saisies étrangères aux infractions concernées : « un commissaire de police pratiquant dans un domicile des perquisitions ordonnées par commission rogatoire d'un juge d'instruction, à l'occasion d'un délit déterminé, n'a le droit d'y opérer une saisie se rapportant à une autre infraction qu'en cas de flagrant délit (...) ». Puis, la Cour de cassation a fait preuve de davantage de souplesse, infléchissant sa position initiale⁴⁹⁸⁸. Aujourd'hui admises aussi bien par le législateur que par la jurisprudence, les procédures incidentes demeurent assez fréquentes.

1020. L'exécution des actes coercitifs permet souvent de mettre à jour des infractions étrangères à l'enquête ou à l'instruction. Un contrôle d'identité, qui révèle une infraction autre que celle visée dans les réquisitions du procureur de la République, offre la possibilité de diligenter une procédure incidente⁴⁹⁸⁹. Il en va de même en matière de visite des véhicules⁴⁹⁹⁰. Il existe aussi des écoutes téléphoniques incidentes, susceptibles de générer des poursuites pénales⁴⁹⁹¹. Une personne placée en garde à vue peut être entendue sur des faits distincts de ceux ayant motivé cette mesure⁴⁹⁹². Rétabli par la loi n°2014-535 du 27 mai 2014, l'article 65 du C.P.P. règle la question de la garde à vue supplétive. Il impose aux enquêteurs d'effectuer une notification relative à ces faits différents (qualification, lieu, date, etc), au droit à un interprète le cas échéant, au droit de faire des déclarations, de répondre aux questions posées ou de se taire et au droit à l'assistance d'un avocat conformément aux articles 63-3-1 à 63-4-3 du C.P.P. Une fouille corporelle pratiquée par un O.P.J. sur un individu appréhendé en flagrant délit de vol permet parfois de découvrir des stupéfiants. La procédure incidente engagée pour

⁴⁹⁸⁶ Cass. crim., 5 sept. 2007, Procédures, 2008, comm. n°23, note J. BUISSON, à propos de l'exploitation illicite d'un appareil automatique de jeu de vidéo poker : absence de détournement de procédure.

⁴⁹⁸⁷ Cass. crim., 13 fév. 1925, D.P., 1925, I, p. 148. V. aussi, Cass. crim., 26 juin 1958, Gaz. pal., 1958, II, p. 236.

⁴⁹⁸⁸ V. Cass. crim., 8 oct. 1979, Bull. crim., n°273 ; Cass. crim., 27 sept. 1984, Bull. crim., n°275 ; Cass. crim., 30 oct. 1989, Bull. crim., n°385. Sur l'évolution jurisprudentielle et sa critique, B. BOULOC, Les abus (...), *op. cit.*, p. 240 et 241.

⁴⁹⁸⁹ Art. 78-2, al. 2 du C.P.P. ; V. aussi, art. 78-2, al. 4 du C.P.P. ; Cass. civ. 2^{ème}, 19 fév. 2004, Bull. civ., II, n°70 (contrôle d'identité révélant de manière incidente une infraction de séjour irrégulier).

⁴⁹⁹⁰ Art. 78-2-2, al. 5 du C.P.P.

⁴⁹⁹¹ Sur la question : G. CLEMENT, J.-P. VICENTINI, L'écoute incidente, genèse d'une poursuite, *Rev. sc. crim.*, 1997, p. 597 et s.

⁴⁹⁹² Cass. crim., 7 déc. 2004, Dr. pénal, 2005, comm. n°50, note A. MARON ; Cass. crim., 14 janv. 2014, n°13-84909, préc. ; A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 248, obs. L. ASCENSI. Le régime de la garde à vue continue à être régi par les dispositions qui s'appliquent à la procédure applicable en fonction des infractions qui l'ont motivée ; Cass. crim., 31 oct. 2006, A.J. pénal, 2007, jurispr., p. 36, obs. C. GIRAULT ; Cass. crim., 30 oct. 2012, Bull. crim., n°228, préc. ; Cass. crim., 26 juin 2013, Bull. crim., n°164, préc.

détention de produits stupéfiants apparaît valide⁴⁹⁹³. Les perquisitions peuvent également dévoiler des infractions étrangères à l'enquête en cours. Dans son troisième alinéa, l'article 76 du C.P.P. prend soin d'indiquer que « ces opérations ne peuvent, à peine de nullité, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions visées dans la décision du juge des libertés et de la détention ou la saisie des biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du Code pénal⁴⁹⁹⁴. Toutefois, le fait que les opérations révèlent des infractions autres que celles visées dans la décision ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes⁴⁹⁹⁵.

1021. Ces dispositions sont reprises en ce qui concerne les perquisitions nocturnes. Le législateur a autorisé les saisies incidentes pratiquées lors de ces opérations à l'article 706-93, alinéa 2, du C.P.P. Une perquisition de nuit menée en vue de rechercher et constater une infraction relative à la criminalité organisée peut donc révéler des faits distincts et la procédure engagée sera valable. Le même constat s'impose en matière de sonorisation et de fixation d'images, l'article 706-96 *in fine* permettant l'ouverture d'une procédure incidente en cas de découverte de faits nouveaux. Ce choix de la loi du 9 mars 2004 s'avère contestable, du moins discutable. Une saisie incidente résulte, par définition, d'une constatation fortuite, elle est imprévue. Elle ne se confond pas avec le détournement de procédure, procédé intentionnel qui doit être sanctionné de nullité. Cependant, elle peut aussi résulter d'un tel détournement en le favorisant. C'est pour pouvoir pratiquer de telles saisies, révéler – et poursuivre – des infractions dont ils n'ont pas connaissance, que les autorités publiques peuvent être tentées de commettre des détournements de procédure. Ce risque existe sans aucun doute⁴⁹⁹⁶.

1022. De plus, les faits révélés de façon incidente peuvent n'avoir aucun rapport avec les infractions commises en bande organisée dont le juge d'instruction est saisi⁴⁹⁹⁷. « Or, si la gravité des infractions peut justifier le recours aux opérations de sonorisation ou de captation d'images, mesures extrêmement attentatoires à la liberté individuelle et à la vie privée, le dispositif actuel aboutit finalement à ce que ces opérations puissent se trouver motivées par la commission d'autres infractions peu graves. Dans ces conditions, le critère de proportionnalité de l'ingérence dans la vie privée au but légitime recherché n'est pas respecté, ce qui paraît contestable au regard de l'article 8 de la Convention européenne des

⁴⁹⁹³ V. H. VLAMYNCK, Le trafic de produits stupéfiants et les procédures policières afférentes, A.J. pénal, 2004, dossier, p. 187 et s., spéc. p. 188. *Adde*, sur la question de la régularité d'une saisie au regard de la saisine du juge d'instruction dans le temps, C. GUERY, De l'art de naviguer à vue : la saisine du juge d'instruction et le trafic de stupéfiants, Dr. pénal, 2008, Etude n°6, spéc. n°24 à 26.

⁴⁹⁹⁴ Il s'agit du rappel de la règle de spécialité de la perquisition.

⁴⁹⁹⁵ Il a été jugé que l'O.P.J., agissant sur commission rogatoire, qui découvre des faits étrangers à l'information, peut procéder à une saisie incidente soit dans le cadre de l'enquête de flagrance en application des articles 56 et 57 du C.P.P. (Cass. crim., 18 avril 2000, Bull. crim., n°151 ; Cass. crim., 26 fév. 2014, Bull. crim., n°61, préc., pour la saisie d'armes), soit dans celui de l'enquête préliminaire sur le fondement de l'article 76 (Cass. crim., 17 mai 1994, Bull. crim., n°186 ; Justices, 1996, n°4, p. 295, obs. D. REBUT, préc., précisant qu'il faut obtenir l'assentiment de la personne chez qui l'acte se déroule dans ce cadre procédural) ; Cass. crim., 30 avril 2014, n°08-85410 et 12-85115, E.C.P.B., préc.

⁴⁹⁹⁶ C'est pourquoi certains auteurs se montrent hostiles vis-à-vis des saisies incidentes : V. not., B. BOULOC, Les abus (...), *op. cit.*, p. 241.

⁴⁹⁹⁷ H. MATSOPOULOU, Les évolutions récentes (...), *op. cit.*, p. 439.

droits de l'homme »⁴⁹⁹⁸. Ces critiques intéressent également les perquisitions nocturnes. Avant la loi Perben II, le législateur précisait pourtant pour les opérations menées du chef de trafic de stupéfiants, que « tout procès-verbal dressé pour un autre objet sera frappé de nullité »⁴⁹⁹⁹. Cette règle aurait dû être conservée car elle formait un rempart contre d'éventuels détournements de procédure. Le critère de proportionnalité aurait dès lors été observé à coup sûr⁵⁰⁰⁰. Peu importe le degré de l'acte coercitif, son détournement demeure prohibé. Une autre règle vient canaliser son intensité.

b) La règle « coercition sur coercition ne vaut »

1023. Il arrive que deux actes d'instruction soient exécutés de façon concomitante en procédure pénale. Il existerait des « actes complexes », ceux qui « participent de plusieurs catégories »⁵⁰⁰¹. Il peut s'agir d'un transport sur les lieux avec interrogatoire du mis en examen ou d'une perquisition doublée d'une confrontation⁵⁰⁰². Ces actes, qui se superposent, peuvent posséder une nature coercitive. L'accomplissement de deux actes coercitifs dans le même temps apparaît courant. Une personne surprise en flagrant délit de vol peut être interpellée et fouillée par les O.P.J. Une illustration différente est fournie avec le suspect placé en garde à vue et la perquisition effectuée à son domicile pendant la durée de la mesure⁵⁰⁰³. Dans son dernier alinéa, l'article 56 du C.P.P. consacre justement une rétention spécifique lors des perquisitions. « Si elles sont susceptibles de fournir des renseignements sur les objets, documents et données informatiques saisis, les personnes présentes lors de la perquisition peuvent être retenues sur place par l'officier de police judiciaire le temps strictement nécessaire à l'accomplissement de ces opérations ».

1024. Toutefois, le droit positif semble plutôt hostile à ce que les actes coercitifs se superposent. Il refuse généralement d'admettre le cumul de deux contraintes distinctes, d'où la formulation de la règle « coercition sur coercition ne vaut ». Il a été prohibé d'installer un dispositif de sonorisation dans un appartement à l'occasion d'une perquisition. La Cour de cassation interdit aux O.P.J. de profiter de cet

⁴⁹⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁹⁹ Art. L. 627, al. 9 du C.S.P., devenu l'article 706-28, al. 2 du C.P.P. Ce texte prévoit aujourd'hui que « les actes prévus au présent article ne peuvent, à peine de nullité, avoir un autre objet que la recherche et la constatation des infractions visées à l'article 706-26 ». Il s'agit d'éviter tout détournement de procédure. Pour un exposé du droit applicable avant la loi du 9 mars 2004, C. ETRILLARD, *Le temps (...)*, *op. cit.*, n°361 à 363, p. 267 à 269 et les notes n°1581 et 1583.

⁵⁰⁰⁰ Dans le même sens, H. MATSOPOULOU, *Les évolutions récentes (...)*, *op. cit.*, p. 442.

⁵⁰⁰¹ A. MARON et M. HAAS, note sous Cass. crim., 20 fév. 2002, Dr. pénal, 2003, comm. n°27 ; A. MARON, note sous CA Nancy (ch. instr.), 19 déc. 2002, Dr. pénal, 2003, comm. n°68.

⁵⁰⁰² La jurisprudence l'admet, comme il ressort d'une lecture attentive de Cass. crim., 20 fév. 2002, préc. : « Attendu que (...) le seul acte accompli a été une perquisition effectuée dans le respect des formalités prévues (...), la personne mise en examen n'ayant été soumise à aucun interrogatoire, confrontation ou reconstitution qui eût impliqué l'information de son avocat, préalablement au transport décidé par le magistrat ».

⁵⁰⁰³ Une perquisition n'exige pas le placement en garde à vue de la personne au domicile de laquelle elle a lieu : Cass. crim., 23 oct. 2001, Dr. pénal, 2002, comm. n°11 (8^{ème} arrêt), note A. MARON ; Cass. crim., 31 oct. 2006, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 36, obs. C. GIRAULT, préc. Cet arrêt ne constitue pas cependant une illustration de la règle « coercition sur coercition ne vaut ». S'il semble admettre la superposition d'actes coercitifs (une garde à vue et une perquisition en l'occurrence), la perquisition ne peut s'analyser en l'espèce comme un acte coercitif, l'individu ayant donné son assentiment à celle-ci à l'O.P.J. dans le cadre de l'enquête préliminaire sur des faits nouveaux.

acte coercitif pour en exécuter un autre, relevant avec raison que « la perquisition (...) ne pouvait avoir d'autres fins que la recherche d'objets utiles à la manifestation de la vérité (...) »⁵⁰⁰⁴. Cette solution a été consacrée par loi du 9 mars 2004. L'article 706-96, alinéa 2, du C.P.P. précise les modalités d'installation et de désinstallation du dispositif technique de sonorisation ou de fixation d'images. Les O.P.J. doivent être autorisés à s'introduire dans le véhicule, le lieu privé ou le domicile par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention selon les conditions énoncées au texte. Pareille autorisation ne leur permet pas de mener une perquisition et des saisies dans ces lieux. C'est ce que prévoit le texte afin de prévenir les détournements de procédure. Il pose, de manière rassurante, que « ces opérations, **qui ne peuvent avoir d'autre fin que la mise en place du dispositif technique**, sont effectuées sous l'autorité et le contrôle du juge d'instruction »⁵⁰⁰⁵.

1025. La règle « coercion sur coercion ne vaut » trouve ses principales applications avec les actes attentatoires à la liberté individuelle, autrement dit au droit à la sûreté personnelle. En vertu de l'article 122, alinéa 7, du C.P.P., les personnes contre lesquelles il a été décerné un mandat de comparution, d'amener ou d'arrêt doivent être entendues comme témoins assistés par le juge d'instruction ou être mises en examen. En tout cas, elles ne peuvent pas faire l'objet d'une mesure de garde à vue pour les faits ayant donné lieu à la délivrance du mandat⁵⁰⁰⁶. A partir du moment où une personne est retenue sur le fondement d'un titre de détention, la garde à vue devient inutile ; ce qui n'est pas sans danger pour elle car l'absence de garde à vue induit l'absence de droits⁵⁰⁰⁷. Un individu, placé en détention provisoire, peut être extrait de la maison d'arrêt, assister aux perquisitions menées et être auditionné par les enquêteurs s'il ne s'y oppose pas. Il n'y a donc pas lieu de le placer en garde à vue, puisqu'il n'a subi « aucune contrainte autre que celle inhérente au mandat de dépôt dont il faisait l'objet »⁵⁰⁰⁸. A bien lire l'arrêt du 6 février 2002, il laisse entendre que la garde à vue aurait dû être décidée si l'intéressé s'était opposé à son extraction ou aux actes réalisés (perquisition et auditions).

⁵⁰⁰⁴ Cass. crim., 15 fév. 2000, Bull. crim., n°68, préc.

⁵⁰⁰⁵ Des interrogations subsistent en revanche en ce qui concerne la sonorisation d'une cellule de garde à vue (V. aussi, A. GALLOIS, note préc. sous Cass. crim., 7 janv. 2014, qui écrit : « l'arrêt du 7 janvier 2014 conduira-t-il à exclure ou à rendre très difficile, la sonorisation des locaux placés sous le contrôle des autorités policières, judiciaires ou pénitentiaires ? »). Celle-ci semble possible, sauf s'il y a un véritable stratagème de la part des enquêteurs en vue de recueillir des aveux. Cela ressort de la jurisprudence (Cass. crim., 7 janv. 2014, Bull. crim., n°1, préc.). Ce dispositif devrait être toujours prohibé dans les cellules de garde à vue, sinon à quoi servirait-il d'encadrer au maximum les auditions (notification obligatoire du droit de se taire, assistance possible d'un avocat lors des auditions...) si les confidences faites par un suspect à un autre durant un moment de repos se trouvaient systématiquement exploitées et servaient de preuve à son encontre. Ne serait-ce pas là un moyen de contourner le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ? Rapp., F. FOURMENT, obs. sur Cass. crim., 7 janv. 2014, Gaz. pal., 11-13 mai 2014, n°131 à 133, p. 41, spéc. p. 42, sur la garde à vue qui consiste en une « "garde à l'ouïe", c'est-à-dire le mode, devenu exclusif, de captation de la parole d'un suspect sous contrainte policière, eu égard aux garanties qui y sont attachées (...) » ; J. DANET, obs. sur Cass. crim., 7 janv. 2014, Rev. sc. crim., 2014, p. 130, spéc. p. 135.

⁵⁰⁰⁶ Cependant, l'article 122 du C.P.P. n'interdit pas la délivrance d'un mandat de recherche contre une personne déjà placée en garde à vue dans le cadre d'une autre procédure et il incombe au juge d'instruction de vérifier la participation du suspect aux agissements incriminés en faisant procéder à son audition avant d'envisager sa mise en examen (Cass. crim., 5 mars 2014, Inédit, n°13-82698 ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2014, chron. préc., spéc. n°9).

⁵⁰⁰⁷ Sur ce constat, C. GUERY, L'avenir du suspect, *op. cit.*, p. 234.

⁵⁰⁰⁸ Cass. crim., 6 fév. 2002, Bull. crim., n°26 ; Dr. pénal, 2002, comm. n°90, note A. MARON.

1026. Si la solution retenue évite un cumul de contrainte, elle n'est pas exempte de toute critique. Ainsi qu'on l'a écrit, « faut-il que la personne s'oppose avec violence à son extraction pour qu'elle acquière des droits ? Pourquoi les enquêteurs se limiteraient-ils dans ces conditions aux délais de 24 heures ou de 48 heures puisque l'audition d'un détenu peut se faire sans garde à vue ? »⁵⁰⁰⁹. La jurisprudence a réaffirmé sa position s'agissant de la garde à vue⁵⁰¹⁰. Un individu qui subissait cette mesure en exécution d'une commission rogatoire, avait été également entendu pour des faits distincts dans le cadre d'une enquête sur infraction flagrante. Or, il n'avait pas été placé en garde à vue pour cette audition. La Cour de cassation rejette le pourvoi aux motifs que les O.P.J. n'ont pris, dans le cadre de la procédure de flagrance, aucune mesure coercitive à l'encontre de la personne qui se trouvait déjà en garde à vue. Pour refuser un nouveau placement sous cette mesure en ce qui concerne l'audition sur des faits étrangers, elle se fonde sur l'existence d'une contrainte extérieure à ces faits⁵⁰¹¹. Est reprise, de la sorte, la règle selon laquelle « coercition sur coercition ne vaut ». La loi du 27 mai 2014 ne l'a d'ailleurs pas remise en cause. L'O.P.J. doit simplement informer la personne sur ces autres faits et lui notifier les droits dont elle dispose en vertu de l'article 65 du C.P.P. Cette règle se rencontre enfin en matière de mandat d'arrêt européen. Lorsque plusieurs Etats membres de l'Union européenne ont émis cet acte coercitif à l'endroit de la même personne, la chambre de l'instruction peut uniquement choisir celui des mandats à exécuter⁵⁰¹². Il n'y a pas que les règles techniques qui permettent de dépasser les variations d'intensité de l'acte coercitif. Les principes apportent, eux aussi, beaucoup en la matière.

B – La contribution des principes

1027. Certaines exigences intangibles, constitutives de principes, dépassent les variations d'intensité de l'acte coercitif. Elles forment des garanties fondamentales, en ce sens qu'elles contribuent à le canaliser en effaçant ses déclinaisons irréductibles. Ces principes s'apparentent à un seuil qu'il ne peut jamais franchir. La maîtrise de l'intensité de cet acte s'opère sur plusieurs plans. Il doit respecter l'égalité (1°). Il lui faut de surcroît préserver la dignité (2°), mais également sauvegarder la santé et l'intégrité physique (3°).

⁵⁰⁰⁹ C. GUERY, *op. cit.*, p. 235, pour qui « l'arrêt du 6 février 2002 montre l'absurdité du régime français actuel ».

⁵⁰¹⁰ Cass. crim., 15 sept. 2004, Dr. pénal, 2004, comm. n°185 (4^{ème} espèce), note A. MARON (3^{ème} moyen).

⁵⁰¹¹ Rapp., Cass. crim., 30 oct. 2012, Bull. crim., n°228, préc. ; Cass. crim., 26 juin 2013, Bull. crim., n°164, préc.

⁵⁰¹² Cass. crim., 24 août 2012, Bull. crim., n°175 ; Procédures, 2012, comm. n°304, obs. J. BUISSON (cassation au visa de l'article 695-42 du C.P.P.). V. aussi, Cass. crim., 20 mars 2012, Bull. crim., n°76 (force majeure empêchant le respect du délai de dix jours suivant la décision définitive de remise, car de nombreux mandats d'arrêt européen avaient été émis contre le même individu, si bien qu'il n'était pas possible de savoir quand et quel était le dernier mandat délivré).

1° - L'acte coercitif doit respecter l'égalité

1028. Principe cardinal de la procédure pénale, l'égalité entre les justiciables ne saurait être rompue par l'exécution d'actes coercitifs⁵⁰¹³. Mentionnée à l'article préliminaire, I, alinéa 3, du C.P.P., elle suppose que les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions soient jugées selon les mêmes règles⁵⁰¹⁴. Mais la question de l'éventuelle inégalité de traitement des individus confrontés à la justice pénale ne se pose pas seulement au stade de leur jugement⁵⁰¹⁵, en termes de répression. Elle s'invite en amont lors des phases d'enquête et d'instruction, cadres juridiques dans lesquels les autorités publiques font un large usage de la coercition⁵⁰¹⁶. Il est, certes, loisible « au législateur (...) de prévoir des règles de procédure pénale différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, pourvu que les différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées des garanties égales aux justiciables »⁵⁰¹⁷.

1029. Toute distinction, fondée par exemple sur le caractère flagrant de l'infraction, ne crée pas une rupture d'égalité entre les citoyens. En enquête de flagrance, les perquisitions sont pratiquées sans l'assentiment des personnes chez qui elles ont lieu. Celles-ci ne pourront pas se prétendre victime d'une discrimination en se comparant à d'autres, qui ont pu s'y opposer dans un cadre procédural différent. De ce point de vue, la nécessité d'obtenir le consentement afin de réaliser cet acte coercitif lors d'une enquête préliminaire ne constitue pas un privilège accordé à quelques-uns⁵⁰¹⁸. De même, les personnes qui subissent des actes coercitifs (garde à vue, perquisition, etc) ne peuvent invoquer une

⁵⁰¹³ L'égalité ayant fait l'objet d'études substantielles en matière pénale, il suffira simplement d'examiner le rapport que l'acte coercitif entretient avec celle-ci. Sur ce principe, M. DANTI-JUAN, L'égalité en droit pénal, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, 1987, n°6, préf. J. PRADEL ; D. DECHENAUD, L'égalité en matière pénale, L.G.D.J., 2008, Bibl. sc. crim., t. 45, préf. P. MAISTRE DU CHAMBON ; V. MALABAT, Egalité, J.C.P., 2011, 567 ; T. POTASZKIN, Retour sur le principe d'égalité devant la justice pénale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, D., 2012, chron., p. 2910 et s.

⁵⁰¹⁴ V. la décision fondamentale : C.C., 23 juill. 1975, n°75-56 DC, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du Code de procédure pénale*, J.O. du 24 juill. 1975, p. 7533 ; J.C.P., 1975, II, 18200, note C. FRANCK ; D., 1977, jurispr., p. 629, note L. HAMON et G. LEVASSEUR.

⁵⁰¹⁵ Sur ce point : Cass. crim., 25 sept. 2013, Bull. crim., n°181, transmettant la question posée au Conseil constitutionnel puisque « des mineurs se trouvant dans des conditions semblables et poursuivis pour des crimes commis avant et après l'âge de seize ans peuvent être renvoyés par le juge d'instruction, sans obligation de motivation particulière soit, après disjonction, devant le tribunal pour enfant et la cour d'assises des mineurs, soit devant la cour d'assises des mineurs pour la totalité des faits » ; C.C., Q.P.C., 29 nov. 2013, n°2013-356, préc., jugeant les dispositions contestées conformes à la Constitution (dernière phrase de l'avant-dernier alinéa de l'article 9 et la deuxième phrase du premier alinéa de l'article 20 de l'ordonnance du 2 février 1945).

⁵⁰¹⁶ Pour une différence de traitement injustifiée entre personnes placées en détention provisoire et condamnés quant à la durée des visites et à l'accès à la télévision en droit européen : CEDH, 13 déc. 2011, *Laduna / Slovaquie*, n°31827/02, §55 à 73 (violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8).

⁵⁰¹⁷ C.C., 19-20 janv. 1981, n°80-127 DC, préc., cons. 31 ; C.C., 3 sept. 1986, n°86-213 DC, préc., cons. 12, ajoutant *in fine* « notamment quant au respect du principe des droits de la défense ». La formule a été maintes fois reprises : V. C.C., 11 août 1993, n°93-326 DC, préc., cons. 11 ; C.C., 5 août 2010, n°2010-612 DC, *Loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale*, J.O. du 10 août 2010, p. 14682, cons. 13 ; C.C., Q.P.C., 13 juill. 2011, n°2011-153, *M. Samir A*, préc., cons. 3 ; C.C., Q.P.C., 29 nov. 2013, n°2013-356, préc., cons. 4. Elle est reprise, avec quelques variantes, par la Cour de cassation : V. Cass. civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, J.C.P., 2011, chron., 1227, obs. E. DREYER. Sur l'évolution du traitement différencié de situations différentes : V. LASSERRE-KIESOW, L'égalité, J.C.P., 2010, Etude, 643, spéc. n°6.

⁵⁰¹⁸ D. DECHENAUD, *op. cit.*, n°224, p. 153.

inégalité de traitement en se comparant à d'autres ne les ayant pas subis⁵⁰¹⁹. Si « la condition d'utilité » des actes de procédure « vaut même pour les actes qui ne sont pas coercitifs »⁵⁰²⁰, elle l'est *a fortiori* pour ceux-ci, lesquels doivent être « strictement limités aux nécessités de la procédure », comme l'affirment l'article préliminaire du Code de procédure pénale et les autres dispositions de ce Code⁵⁰²¹. C'est la nécessité qui justifie l'exécution des actes coercitifs, peu importe que des justiciables soient affectés et d'autres non. Il n'en résulte aucune discrimination, l'objectif reste la recherche de la vérité.

1030. Comme il l'a été relevé, « les personnes incarcérées, placées sous contrôle judiciaire ou en garde à vue, ne peuvent se déclarer victimes d'une discrimination. Si leur liberté d'aller et de venir est restreinte, c'est qu'elles présentent un danger pour l'ordre public, à la différence des prévenus ou accusés laissés en liberté »⁵⁰²². Un risque de rupture d'égalité entre les individus s'avère toutefois possible en fonction de la personnalité des enquêteurs en charge de l'enquête ou du juge d'instruction menant l'information. Certains d'entre eux peuvent recourir plus largement à la coercition que d'autres⁵⁰²³. L'exigence d'égalité réclame alors d'adopter une politique cohérente en la matière, surtout lorsqu'il s'agit du placement sous contrôle judiciaire ou en détention provisoire ou, à l'opposé, du maintien en liberté du mis en examen. Le juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention s'efforceront donc « d'harmoniser les situations avec un souci aussi scrupuleux que possible d'égalité »⁵⁰²⁴. Ce principe doit être sauvegardé, en particulier lorsque la sûreté personnelle est en jeu.

1031. La tâche n'est pourtant pas aisée à la lecture de l'article 138 du C.P.P., qui recense dix-sept mesures différentes de contrôle judiciaire. Les juges peuvent astreindre la personne poursuivie à une seule obligation, à plusieurs d'entre elles, voire à toutes, le texte ne fixant aucun nombre maximum. Les combinaisons possibles entre ces obligations se révèlent très importantes, de sorte que les ordonnances de placement sous contrôle judiciaire peuvent être multipliées sans que l'une d'elles ne

⁵⁰¹⁹ Cette situation demeure distincte de celle dans laquelle des personnes subissant un même acte coercitif, notamment une garde à vue, sont traitées de façon différente. V. C.C., Q.P.C., 6 avril 2012, n°2012-228/229, préc., exerçant sa censure sur les articles 64-1, al. 7 et 116-1, al. 7 du C.P.P., à propos du défaut d'enregistrement des interrogatoires ou auditions en matière de criminalité organisée. « C'est ce qui explique que le Conseil constitutionnel, (...) sensible à l'argument de l'inégalité découlant du cantonnement de ce droit de la défense aux auditions pour les crimes de droit commun, a considéré que le défaut d'enregistrement des auditions pour les infractions de criminalité organisée entraînait une rupture d'égalité injustifiée. Cette décision provoque ainsi l'extension de l'obligation d'enregistrement audiovisuel des interrogatoires des suspects à toute la matière criminelle » : C. COURTIN, note sous C.C., Q.P.C., 6 avril 2012, D., 2012, p. 1376, spéc. p. 1379. V. encore, sur cette décision : T. POTASZKIN, *op. cit.*, p. 2913.

⁵⁰²⁰ D. DECHENAUD, *op. cit.*, n°431, p. 281.

⁵⁰²¹ V. aussi, art. 9 de la DDHC de 1789, qui énonce déjà le principe : « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ».

⁵⁰²² D. DECHENAUD, *op. cit.*, n°432, p. 281.

⁵⁰²³ Sur ce point, D. DECHENAUD, *op. cit.*, n°436, p. 283 et 284. L'auteur évoque l'usage que font les procureurs et les victimes des tableaux de roulement des juges d'instruction, qui leur permet de choisir leur juge en différant la date à laquelle ils présentent leur affaire. Cela montre que « la personnalité du magistrat peut être déterminante dans la manière dont une information se déroule ».

⁵⁰²⁴ M. DANTI-JUAN, *op. cit.*, n°336, p. 275, ajoutant justement qu'« il n'est pas souhaitable par exemple, que les inculpés X et Y étant auteurs de faits identiques et présentant un état dangereux et une personnalité comparables, X soit placé en détention provisoire et Y maintenu en liberté... ». *Adde*, n°343 et 344, p. 279.

ressemble à une autre. Il pourrait en résulter une atteinte au principe d'égalité des justiciables devant la loi. Mais, en réalité, l'« inépuisable diversité (de ces mesures) apparaît alors comme un précieux outil d'adaptation de la réaction sociale aux circonstances et à la personnalité du délinquant » (*sic*)⁵⁰²⁵. Or la loi entend garantir une telle adaptation à tous les justiciables. C'est pourquoi la fourniture d'un cautionnement doit être adaptée à l'état de fortune du mis en examen. L'article 138, alinéa 2, 11° du C.P.P. précise que son montant tient compte de ses ressources et de ses charges, évitant une inégalité de traitement liée aux moyens financiers⁵⁰²⁶.

1032. Dans le souci de ne pas rompre l'égalité devant la justice des personnes poursuivies⁵⁰²⁷, le Conseil constitutionnel a jugé contraires à la Constitution les deuxièmes et troisièmes phrases du premier alinéa de l'article 207 du C.P.P.⁵⁰²⁸. Celles-ci dérogeaient au principe selon lequel la chambre de l'instruction est dessaisie par sa décision statuant sur l'appel relevé contre une ordonnance relative à la détention provisoire. Elles lui permettaient, lorsqu'était infirmée une décision du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention et était rendue une décision ayant pour effet d'ordonner la détention, de la prolonger ou de rejeter une demande de mise en liberté, de se dire seule compétente pour statuer en la matière, selon un régime dérogatoire, pour la suite de la procédure d'information. Elles offraient cette possibilité (troisième phrase) pour les décisions rendues en matière de contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique. La « réserve du contentieux de la détention » par la chambre de l'instruction, décidée de manière discrétionnaire par cette juridiction, conduisait à priver le mis en examen du droit de solliciter du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention qu'ils vérifient que les conditions de la détention provisoire étaient toujours remplies. Cette règle, à l'origine prétorienne, visait à éviter qu'un désaccord naisse entre la juridiction d'instruction du second degré, favorable à l'incarcération, et le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention, opposés à celle-ci, et engendre des décisions contradictoires (élargissement puis réincarcération...) ⁵⁰²⁹.

1033. Se fondant sur le principe d'égalité⁵⁰³⁰, le Haut conseil conclut à sa violation en raison du pouvoir discrétionnaire de la chambre de l'instruction en la matière. Comme dans la décision rendue le 23 juillet 1975⁵⁰³¹, c'est le caractère discrétionnaire de ce pouvoir qui fait difficulté : les mis en examen jouissent ou non d'un double degré de juridiction selon l'attitude de la chambre de

⁵⁰²⁵ M. DANTI-JUAN, *op. cit.*, n°117, p. 97 et 98.

⁵⁰²⁶ Sur la question, V. M. DANTI-JUAN, *op. cit.*, n°118, p. 98.

⁵⁰²⁷ Le principe constitutionnel d'égalité devant la loi constitue bien le motif de renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au juge constitutionnel : V. Cass. crim., 28 sept. 2010, n°10-90098, Bull. crim., Q.P.C., n°2.

⁵⁰²⁸ C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, n°2010-81, *Boubakar B.*, préc. La première phrase du premier alinéa de l'article 207 du C.P.P. est en revanche déclarée conforme à la Constitution.

⁵⁰²⁹ V. L. ASCENSI, obs. sur C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, préc., A.J. pénal, 2011, jurispr., p. 140.

⁵⁰³⁰ V. C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, préc., cons. 4.

⁵⁰³¹ N°75-56 DC, préc. Dans le projet de loi censuré par le Conseil constitutionnel, il s'agissait du président du tribunal de grande instance qui aurait pu décider de façon discrétionnaire si des auteurs d'infractions identiques devaient être jugés par une juridiction collégiale ou à juge unique.

l'instruction. Le Conseil affirme que « l'éventuelle divergence entre les positions respectives des juridictions de première instance et d'appel relativement à la nécessité ultérieure de la détention de la personne mise en examen ne peut toutefois justifier qu'il soit ainsi porté atteinte aux droits qui sont accordés par la loi à toute personne placée en détention provisoire »⁵⁰³². Les deuxièmes et troisièmes phrases du premier alinéa de l'article 207 du C.P.P. méconnaissent alors les exigences découlant des articles 6 et 16 de la Déclaration de 1789. C'est donc uniquement au nom de l'égalité devant la justice que ces dispositions ont été censurées⁵⁰³³.

1034. Les juges de la rue Montpensier avaient au demeurant déclaré contraire à la Constitution un texte qui étendait l'application de règles dérogatoires au droit commun en matière de terrorisme à des délits constitutifs d'atteintes à la sûreté de l'Etat⁵⁰³⁴. Ils paraissaient exiger que soit atteint un certain degré de spécificité des faits pour que des gardes à vue beaucoup plus longues puissent être exécutées⁵⁰³⁵. A partir de 1986, le législateur a confié aux enquêteurs et aux magistrats des actes davantage coercitifs (gardes à vue allongées, perquisitions de nuit...) pour la recherche et l'élucidation des infractions clandestines (terrorisme, trafic de stupéfiants...)⁵⁰³⁶. Non seulement ces actes n'attendent pas au principe d'égalité, la loi pouvant prévoir de renforcer la coercition pour des infractions particulièrement graves et complexes, mais ils s'avèrent encore soumis à ce principe. Ils sont tenus de le respecter en pratique, lorsque la contrainte est déployée à l'égard des justiciables. Celle-ci doit être utilisée de manière impartiale, son usage ne doit jamais entraîner de discriminations entre eux. C'est ce qu'a souligné avec justesse le juge constitutionnel dans sa décision du 2 mars 2004, par une réserve d'interprétation générale⁵⁰³⁷. Il a posé que « si le législateur peut prévoir des mesures d'investigation spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, c'est sous réserve que ces mesures soient conduites dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire (...) et que les restrictions qu'elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité, proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discriminations injustifiées ».

⁵⁰³² C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, préc., cons. 7. D'aucuns avaient dénoncé de longue date l'inégalité de traitement entre les mis en examen par la réserve du contentieux de la détention : V. M. DANTI-JUAN, *op. cit.*, n°363, p. 296 et 297.

⁵⁰³³ Le requérant arguait pourtant de la violation de trois principes. Selon lui, la réserve du contentieux de la détention provisoire méconnaissait le principe du double degré de juridiction, celui de l'égalité devant la justice et l'exigence de motivation des décisions de justice (V. cons. 2). Or, le Conseil a éludé la question de la motivation et n'a pas consacré le principe du double degré de juridiction dans sa décision.

⁵⁰³⁴ C.C., 3 sept. 1986, n°86-213 DC, préc., cons. 22 à 24.

⁵⁰³⁵ V. cons. 24 de la décision du 3 sept. 1986 (censure). V. F. LOLOUM, P. NGUYEN-HUU, *Le Conseil constitutionnel et les réformes du droit pénal en 1986*, Rev. sc. crim., 1987, p. 565 et s., spéc. p. 573 et 574.

⁵⁰³⁶ V. J. ROBERT, *Terrorisme, idéologie sécuritaire et libertés publiques*, R.D.P., 1986, p. 1651 et s., spéc. p. 1655, notant que « le terrorisme a droit à un traitement judiciaire approprié dans tous les pays européens qui y ont été ou y sont encore confrontés ». Sur ce point : D. DECHENAUD, *op. cit.*, n°219 à 221, p. 149 à 151 et n°225 à 228, p. 154 à 156.

⁵⁰³⁷ N°2004-492 DC, préc., cons. 6. V. aussi, C.C., Q.P.C., 6 avril 2012, n°2012-228/229, préc., cons. 6.

1035. Par ailleurs, les magistrats doivent veiller à ce que le mandat d'arrêt européen observe le principe d'égalité. En vertu de l'article 695-22, 5° du C.P.P., son exécution est refusée « s'il est établi que ledit mandat a été émis dans le but de poursuivre ou de condamner une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de son origine ethnique, de sa nationalité, de sa langue, de ses opinions politiques ou de son orientation ou identité sexuelle, ou qu'il peut être porté atteinte à la situation de cette personne pour l'une de ces raisons ». A l'occasion de l'exécution de cet acte coercitif, la loi prohibe toute discrimination⁵⁰³⁸. Cette disposition vise à sanctionner un éventuel détournement de la finalité et de l'esprit de sa procédure⁵⁰³⁹. Mais elle remet en cause la loyauté des Etats, alors même que le mécanisme du mandat d'arrêt européen repose sur un degré de confiance élevé entre les Etats membres⁵⁰⁴⁰. Elle se révèle peu compatible avec ce dernier fondement⁵⁰⁴¹. Elle suppose en effet « de rechercher ce qui se cache derrière l'infraction pour laquelle le mandat est officiellement émis », cette tâche incombant aux juridictions de l'Etat d'exécution, qui apprécient « les motifs officieux qui ont présidé à l'émission du mandat »⁵⁰⁴². La chambre criminelle se montre néanmoins vigilante vis-à-vis de ce motif de refus d'exécution du mandat d'arrêt européen. Elle s'assure que les juges du fond ont suffisamment établi le motif discriminatoire pour refuser son exécution. A défaut, elle censure le refus de remise de la personne concernée⁵⁰⁴³. En fin de compte, l'acte coercitif doit observer l'égalité des citoyens devant la justice pénale. Il faut également qu'il respecte leur dignité.

2°- L'acte coercitif doit préserver la dignité

1036. D'après le Conseil constitutionnel, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine constitue un principe à valeur constitutionnelle⁵⁰⁴⁴. Repris tant par le juge administratif⁵⁰⁴⁵ que

⁵⁰³⁸ Sur la question, V. Rapport annuel de la Cour de cassation 2008, troisième partie : « Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation, E. VERNY (dir.), p. 48 et s., not. p. 137 à 139 (« Les pratiques discriminatoires en matière pénale), où il est mentionné que l'article 695-22, 5° du C.P.P. transpose le principe énoncé par l'article 33 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951, relative aux réfugiés. Par ailleurs, c'est au contraire parce qu'il opère une discrimination fondée sur la nationalité et donc une possible atteinte au principe d'égalité, que l'article 696-4, 1° du C.P.P. prévoyant l'interdiction classique d'extrader un français va être soumis à l'examen du Haut conseil, la Cour de cassation ayant décidé de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité à ce sujet : V. Cass. crim., 3 sept. 2014, Inédit, n°14-84193.

⁵⁰³⁹ P. BEAUVAIS, L'apport du mandat d'arrêt européen (...), *op. cit.*, spéc. n°14, p. 18.

⁵⁰⁴⁰ Décision-cadre du Conseil de l'Union européenne, 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, motifs, al. 10 ; G. TAUPIAC, Etude sur l'expérience et la pertinence du mandat d'arrêt européen, Dr. pénal, 2006, Etude n°15, spéc. n°15.

⁵⁰⁴¹ Sur la difficulté de réaliser pareil contrôle, B. DE LAMY, La confiance mutuelle comme fondement du mandat d'arrêt européen. Un peu, mais pas trop... pour l'instant, *in* Les droits et le Droit, Mélanges B. BOULOC, Dalloz, 2007, p. 559 et s., spéc. p. 567.

⁵⁰⁴² V. MALABAT, Observations sur la nature du mandat d'arrêt européen, Dr. pénal, 2004, Etude n°17, not. n°28.

⁵⁰⁴³ Cass. crim., 26 sept. 2007, Bull. crim., n°229 ; J.C.P., 2007, II, 10192, note V. MALABAT, pour un refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen visant un réfugié politique (cassation). Mais la remise doit être évidemment accordée s'il n'est pas établi que l'Etat requérant a émis le titre d'arrestation dans le but de poursuivre l'intéressé ou de le condamner en raison de son origine ethnique : Cass. crim., 22 janv. 2008, Inédit, n°07-88657. Sur le mandat d'arrêt européen et les opinions politiques : F. FOURNIE, Difficultés d'exécution d'un mandat d'arrêt européen. Entre droit et politique, D., 2009, chron., p. 1984 et s., spéc. p. 1985 et 1986.

⁵⁰⁴⁴ C.C., 27 juill. 1994, n°94-343/344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, J.O. du 29 juill.

judiciaire⁵⁰⁴⁶, le respect de la dignité humaine n'est pas expressément mentionné dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, bien qu'en prohibant la torture, les peines ou traitements inhumains ou dégradants, l'article 3 de ladite Convention interdise toute atteinte à celle-ci⁵⁰⁴⁷. Apparue dans la jurisprudence européenne avec l'arrêt *Tyrer* de 1978⁵⁰⁴⁸, la Cour de Strasbourg s'y réfère fréquemment depuis lors⁵⁰⁴⁹. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 énonce dès son article premier, que « la dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée ». Inscrite dans les Constitutions étrangères⁵⁰⁵⁰, la dignité paraît bien constituer un concept juridique, une règle normative⁵⁰⁵¹. Elle aurait même un caractère absolu, marquant sa supériorité par rapport aux autres droits et libertés et formant un « principe matriciel »⁵⁰⁵². Evoquée à l'article préliminaire du Code de procédure pénale à propos des mesures de contrainte, cette notion demeure difficile à définir⁵⁰⁵³.

1994, p. 11024, cons. 2 et 18 ; D., 1995, jurispr., p. 237, note B. MATHIEU ; C.C., 19 nov. 2009, n°2009-593 DC, *Loi pénitentiaire*, J.O. du 25 nov. 2009, p. 20222, cons. 3.

⁵⁰⁴⁵ CE Ass., 27 oct. 1995 (2 espèces), *Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence*, R.F.D.A., 1995, p. 1204, concl. P. FRYDMAN.

⁵⁰⁴⁶ Par ex., Cass. crim., 13 janv. 2009, D., 2009, p. 1935, note B. LAVAUD-LEGENDRE, posant que « tout travail forcé est incompatible avec la dignité humaine ».

⁵⁰⁴⁷ Malgré des termes distincts, la prohibition des traitements inhumains et dégradants permet de relier les deux notions (V. aussi, art. 7 du Pacte international de 1966). Sur ce point, B. JORION, La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif, R.D.P., 1999, p. 197 et s., spéc. p. 199 et la note n°11.

⁵⁰⁴⁸ CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer / Royaume-Uni*, n°5856/72, §33, jugeant que la peine de fustigation dans l'île de Man porte atteinte à l'un « des buts principaux de l'article 3 : la dignité et l'intégrité physique de la personne ».

⁵⁰⁴⁹ V. par ex., CEDH, 29 avril 2002, *Pretty / Royaume-Uni*, préc., §65, où il est affirmé que « la dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention ».

⁵⁰⁵⁰ Pour un tour d'horizon des Constitutions européennes, P. LAMBERT, Les droits de l'homme à l'épreuve du principe de la dignité humaine, Mélanges PETROS J. PARARAS, Les droits de l'homme en évolution, Sakkoulas-Bruylant, 2009, p. 333 et s., spéc. n°3, p. 336 et 337.

⁵⁰⁵¹ Dans le même sens, E. DREYER, Les mutations du concept juridique de dignité, R.R.J., 2005, p. 19 et s., spéc. n°52 à 54, p. 42 à 44 ; P. LAMBERT, *op. cit.*, n°7 à 9, p. 342 à 347 ; H. MOUTOUH, La dignité de l'homme en droit, R.D.P., 1999, p. 159 et s., spéc. p. 163 et 165 ; P. MARTENS, Encore la dignité humaine : réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte, Mélanges P. LAMBERT, Bruylant, 2000, p. 561 et s., spéc. p. 564, 565 et 576 ; G. DORVAUX, Dignité de la victime et dignité du délinquant : l'apport de la loi du 8 février 1995, in *Ethique, droit et dignité de la personne*, Mélanges C. BOLZE, Economica, 1999, p. 397 et s., not. p. 397 et 408. *Contra*, F. BUSSY, La consécration par le juge français du respect de la dignité humaine, Etudes J. NORMAND, Litec, 2003, p. 61 et s., spéc. p. 66 et 67.

⁵⁰⁵² B. MATHIEU, La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ?, D., 1996, chron., p. 282 et s., spéc. p. 284 et 285 ; D. BREILLAT, La hiérarchie des droits de l'homme, in *Droit et politique à la croisée des cultures*, Mélanges P. ARDANT, L.G.D.J., 1999, p. 353 et s., spéc. p. 371 et 372 ; K. GACHI, Le respect de la dignité humaine (...), *op. cit.*, n°137, p. 104 à 106 (caractère absolu de la dignité comparée à la présomption d'innocence) ; M. GOBERT, Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Rapport de synthèse, in *La dignité de la personne humaine*, Economica, Etudes juridiques, 1999, M.-L. PAVIA et T. REVET (dir.), p. 159 et s., spéc. n°20, p. 175 ; J.-P. FELDMAN, Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine, Droits, n°48, 2009, p. 87 et s., not. p. 91 (primauté de la dignité sur la liberté individuelle) ; B. MATHIEU, La dignité. Avatars d'un principe malmené, J.C.P., 2010, 709 notant que le principe de dignité « constitue la colonne vertébrale de notre système juridique fondé sur les droits fondamentaux » ; P.-J. DELAGE, La primauté de la personne, D., 2011, point de vue, p. 173 et s., spéc. p. 174, reprenant le mot du professeur MALAURIE, pour qui « le seul droit absolu est le respect de la dignité humaine ».

⁵⁰⁵³ Les auteurs l'avouent : V. K. GACHI, *op. cit.*, n°640, p. 481, qui ne peut fournir aucune définition précise de la dignité humaine à l'issue de son étude approfondie de la notion ; V. SAINT-JAMES, Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français, D., 1997, chron., p. 61 et s., spéc. p. 65 et 66 ; R. KOERING-JOULIN, La dignité de la personne humaine en droit pénal, in *La dignité de la personne humaine*, Economica, Etudes juridiques, 1999, M.-L. PAVIA et T. REVET (dir.), p. 67 et s., spéc. p. 81 à 83 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ, Le principe de dignité dans la doctrine administrative, in *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, P.U.F., 2005, C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), p. 54 et s., spéc. p. 68 et 69 ; H. MOUTOUH, *op. cit.*, p. 160 ; B. JORION, *op. cit.*, p. 215 à 219 ; F. BUSSY, *op. cit.*, p. 67 et 68 (« concept ambivalent ») ; P. MARTENS, *op. cit.*, p. 570.

1037. Il a pourtant été écrit qu'« une définition de la dignité est relativement facile à donner », en raison du « consensus » qui existe à ce sujet⁵⁰⁵⁴. Elle correspond « à l'essence de l'homme ; c'est ce qui permet de distinguer l'homme de l'animal et des choses en général. Reconnaître dans l'autre son frère et agir en conséquence avec respect à son égard, voilà de quoi il s'agit. La dignité suppose d'admettre un rapport d'égalité, de voir en autrui également une personne, de ne jamais dénier en lui toute part d'humanité »⁵⁰⁵⁵. Elle n'est donc pas « un droit de l'homme, c'est l'homme ; elle constitue "l'irréductible humain" dont l'identification s'est avérée indispensable quand il a fallu définir le crime contre l'humanité »⁵⁰⁵⁶. En d'autres termes, elle s'analyse comme le signe de l'appartenance au genre humain⁵⁰⁵⁷. Ces éléments succincts permettent de mieux cerner la notion de dignité.

1038. L'article préliminaire, III, du C.P.P. exige des autorités répressives qu'elles respectent la dignité des individus suspectés ou poursuivis lors de l'exécution des actes coercitifs. Ainsi « la contrainte qui est un des aspects fatals du droit pénal ne doit pas écraser le délinquant et porter atteinte à sa dignité de personne »⁵⁰⁵⁸. Les dispositions précitées forment une sorte de « limite infranchissable »⁵⁰⁵⁹ et permettent d'encadrer la coercition au moyen de ce droit substantiel dans la procédure. Dans sa décision du 30 juillet 2010 relative à la garde à vue⁵⁰⁶⁰, le juge constitutionnel a indiqué qu'il revient aux autorités publiques (magistrats, policiers, gendarmes) de veiller à ce que cette mesure soit toujours mise en œuvre dans le respect de la dignité des personnes⁵⁰⁶¹. Il appartient, en outre, à l'autorité judiciaire de prévenir et de réprimer les atteintes portées à la dignité du gardé à vue et d'ordonner la réparation des préjudices subis⁵⁰⁶². Et le Conseil d'ajouter que la méconnaissance éventuelle de l'exigence de dignité dans l'application des dispositions législatives n'a pas, en elle-même, pour effet de les entacher d'inconstitutionnalité. Au demeurant, le législateur conserve la possibilité de modifier pareilles dispositions, mais celles-ci n'attendent pas à la dignité de la personne⁵⁰⁶³. La garde à vue n'entame donc pas ce principe.

⁵⁰⁵⁴ E. DREYER, La dignité opposée à la personne, D., 2008, chron., p. 2730 et s., n°1, p. 2730. Il n'empêche que ce concept est très fortement « instrumentalisé » (n°7, p. 2732).

⁵⁰⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁰⁵⁶ M. DE VILLIERS, L'avenir incertain du principe de dignité, in Constitutions et pouvoirs, Mélanges J. GICQUEL, Montchrestien, 2008, p. 603 et s., spéc. n°8 et 9, p. 609 et 610. Adde, B. MAURER, Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme, La Documentation française, 1999, préf. F. SUDRE, not. p. 49.

⁵⁰⁵⁷ B. EDELMAN, La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, D., 1997, chron., p. 185 et s., spéc. n°10 et 11, p. 186 ; J.-F. SEUVIC, Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées, in Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges C. BOLZE, Economica, 1999, p. 339 et s., not. p. 359 ; G. LEBRETON, Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine, Mélanges P. GELARD, Droit constitutionnel, Montchrestien, 1999, p. 53 et s., spéc. p. 56, sur la conception « spécifique » de la dignité humaine.

⁵⁰⁵⁸ A. CHAVANNE, La protection de la personne dans le procès pénal en droit français, in La protection de la personne dans le procès pénal, suppl. à la Rev. sc. crim., n°3, 1967, Sirey, p. 11 et s., spéc. p. 16. Sur la question : C. COPAIN, L'encadrement de la contrainte probatoire (...), *op. cit.*, n°737 et s.

⁵⁰⁵⁹ Selon le mot très juste de K. GACHI, *op. cit.*, n°121, p. 94.

⁵⁰⁶⁰ C.C., Q.P.C., 30 juill. 2010, n°2010-14/22, préc.

⁵⁰⁶¹ Cons. 20 de la décision.

⁵⁰⁶² *Ibid.*

⁵⁰⁶³ *Ibid.*

1039. Le Haut conseil considère, en ce sens, que ce n'est pas parce que la dignité du gardé à vue pourrait être altérée en pratique par une conduite répréhensible que les dispositions législatives relatives à cette mesure doivent être jugées inconstitutionnelles. Pareille décision semble fondée de ce point de vue. Mais en même temps, elle ne tient pas compte de l'application concrète de la loi au regard des droits et libertés garantis par la Constitution, en particulier du fait que les textes déferés peuvent permettre, en pratique, des atteintes à la dignité des personnes⁵⁰⁶⁴. Par ailleurs, « le truisme » avancé par le juge constitutionnel suffit-il vraiment à écarter le moyen soulevé, dès lors qu'il reconnaît à demi-mot qu'en l'état de la pratique de la garde à vue, la dignité des individus se trouve malmenée⁵⁰⁶⁵ ? Celui-ci prend soin d'indiquer qu'il est « loisible au législateur de les (les dispositions législatives en cause) modifier ». A l'instar de certains auteurs⁵⁰⁶⁶, il reste possible d'y voir une quasi déclaration d'inconstitutionnalité de la pratique.

1040. Ces considérations ne sont pas étrangères à l'inscription légale de l'obligation de respecter la dignité de l'individu qui subit cet acte coercitif. En vertu de l'article 63-5 du C.P.P., dans sa rédaction issue de la loi du 14 avril 2011, « la garde à vue doit s'exécuter dans des conditions assurant le respect de la dignité de la personne. Seules peuvent être imposées à la personne gardée à vue les mesures de sécurité strictement nécessaires ». Quant au deuxième alinéa de l'article 63-6 de ce Code, il prévoit que celle-ci dispose, au cours de son audition, des objets dont le port ou la détention sont nécessaires au respect de sa dignité⁵⁰⁶⁷. Le législateur a compris que c'est bien en pratique que des violations de la dignité humaine sont susceptibles de se produire. L'article 63-3 du C.P.P., relatif à l'examen médical pratiqué sur le gardé à vue, a été modifié par la loi du 14 avril 2011. Il contient une garantie supplémentaire en sa faveur, la préservation de sa dignité étant désormais inscrite dans le texte. Afin de protéger sa dignité, ainsi que le secret professionnel, l'examen médical doit être réalisé à l'abri du regard et de toute écoute extérieurs, sauf décision contraire du médecin. Malgré ces précautions, le juge européen vient de condamner la France sur le fondement de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme pour des conditions de détention de gardés à vue au commissariat de police de Nouméa jugées inhumaines et dégradantes⁵⁰⁶⁸.

⁵⁰⁶⁴ V. A. MARON et M. HAAS, note sous C.C., Q.P.C., 30 juill. 2010, n°2010-14/22, Dr. pénal, 2010, comm. n°113.

⁵⁰⁶⁵ *Ibid.* Le « truisme » consiste à affirmer qu'il revient aux autorités policières et judiciaires compétentes de veiller à ce que la garde à vue soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne et qu'il appartient aux autorités judiciaires compétentes de prévenir et de réprimer les agissements portant atteinte à la dignité du gardé à vue et d'ordonner la réparation des préjudices subis.

⁵⁰⁶⁶ *Ibid.*

⁵⁰⁶⁷ Dans une réponse ministérielle à une interrogation sur le respect de la dignité et de la présomption d'innocence dans les lieux de garde à vue, le ministre de l'intérieur a précisé, au lendemain de la censure exercée par le juge constitutionnel le 30 juillet 2010, que des instructions rappellent régulièrement aux forces de l'ordre que les mesures de sécurité doivent être mises en œuvre avec discernement. Ainsi les palpations, les fouilles de sécurité et le menottage sont strictement encadrés par une circulaire ministérielle du 11 mars 2003 relative à la garantie de la dignité des personnes placées en garde à vue. En outre, une instruction du 9 juin 2008 du directeur général de la police nationale a rappelé et précisé les modalités de leur mise en œuvre : Rép. min. n°80656, J.O.A.N. Q du 10 août 2010 ; D., 2010, act., p. 1875 et p. 2064.

⁵⁰⁶⁸ CEDH, 2 oct. 2014, *Fakailo (Safoka) et autres / France*, n°2871/11, §39 à 45.

1041. Il est acquis que ce texte reste invocable à toutes les étapes de la détention. Il peut être invoqué lors d'un contrôle d'identité⁵⁰⁶⁹, d'une arrestation⁵⁰⁷⁰, de la garde à vue⁵⁰⁷¹, de l'incarcération, voire de la rétention⁵⁰⁷². Ce texte justifie le refus d'extradition ou de remise à un Etat en application d'un mandat d'arrêt européen si la personne court un risque réel de subir un traitement contraire à ses prévisions⁵⁰⁷³. Conformément aux articles 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et 3 de la Convention précitée, il convient de traiter tout individu privé de liberté avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine⁵⁰⁷⁴. Le juge européen pose qu' « à l'égard d'une personne privée de sa liberté, tout usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le propre comportement de ladite personne porte atteinte à la dignité humaine (...) »⁵⁰⁷⁵. Préserver la dignité du gardé à vue suppose d'interdire et de réprimer toute atteinte injustifiée à son intégrité physique et mentale. Bien entendu, des traitements humiliants infligés à celui-ci portent atteinte à cette exigence, comme l'a décidée la Cour de cassation⁵⁰⁷⁶.

⁵⁰⁶⁹ CEDH, 24 sept. 2013, *Dembele / Suisse*, n°74010/11, §43 à 49 ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2014, chron. préc., spéc. n°6 (force employée disproportionnée).

⁵⁰⁷⁰ CEDH, 19 mai 2004, *R.L. et M.-J.D. / France*, n°44568/98, préc., pour une interpellation trop « musclée » (usage disproportionné de la force, violation de l'article 3) ; CEDH, 24 fév. 2009, *Toma / Roumanie*, n°42716/02, §52 et 53 ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2010, chron. préc., spéc. n°9 (individu frappé par plusieurs policiers armés lors de son interpellation, avant et après avoir été menotté et maîtrisé : « bavure policière ») ; CEDH, 3 oct. 2013, *Douet / France*, n°16705/10, §30 à 39 (violation de l'article 3) ; CEDH, 14 nov. 2013, *Ryabtsev / Russie*, n°13642/06 (en anglais).

⁵⁰⁷¹ CEDH, 27 août 1992, *Tomasi / France*, n°12850/87, not. §115 ; J.C.P., 1993, I, 3654, n°6 et 9, obs. F. SUDRE ; Rev. sc. crim., 1993, p. 142, obs. L.-E. PETTITI (qualification de traitement à « caractère inhumain et dégradant » pour des coups portés en garde à vue à une personne soupçonnée de terrorisme) ; CEDH (Gr. ch.), 28 juill. 1999, *Selmouni / France*, n°25803/94, not. §105 ; J.C.P., 1999, II, 10193, note F. SUDRE (qualification d' « actes de torture » commis pendant une garde à vue) ; CEDH, 1^{er} avril 2004, *Rivas / France*, n°59584/00, not. §42 ; A.J. pénal, 2004, jurisp., p. 206, obs. J. COSTE (qualification des faits litigieux de « traitement inhumain et dégradant » pour des brutalités commises durant une garde à vue) ; CEDH, 2 oct. 2012, *Virabyan / Arménie*, n°40094/05 (en anglais ; torture en garde à vue). Sur la question, J.-P. MARGUENAUD, D. ROETS, L'encadrement par la norme internationale (quatrième conférence), in *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 191 et s., spéc. p. 199. Cette question sera davantage développée dans la subdivision suivante (3°), mais aussi dans le dernier chapitre de l'étude.

⁵⁰⁷² V. B. JORION, *op. cit.*, p. 202.

⁵⁰⁷³ CEDH (Gr. ch.), 13 déc. 2012, *El-Masri / « L'ex-République Yougoslave de Macédoine »*, préc., §212 à 214 ; P. BEAUVAIS, Les dispositifs antiterroristes d'exception (...), *op. cit.*, p. 164 à 169 ; CEDH, 30 mai 2013, *Rafaa / France*, n°25393/10, §40 à 43. Sur ce point, B. THELLIER DE PONCHEVILLE, Mandat d'arrêt européen et droits fondamentaux : la CJUE à la recherche d'un équilibre, R.P.D.P., 2013, p. 409 et s., spéc. p. 421 et 422, soulevant une difficulté intéressante, à savoir l'éventuel refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen opposé à la France, fondé sur des conditions de détention contraires à l'article 3 de la Convention, ce motif ayant déjà donné lieu à condamnations.

⁵⁰⁷⁴ R. DE GOUTTES, L'encadrement de la procédure pénale par la norme internationale : quelle norme ? quelle cohérence ? quel encadrement ?, in *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 171 et s., not. p. 177 et 178 ; D. COMMARET, La procédure pénale vue comme modèle éthique (...), *op. cit.*, p. 315 et 316.

⁵⁰⁷⁵ CEDH, 4 déc. 1995, *Ribitsch / Autriche*, n°18896/91, §38 ; J.C.P., 1996, I, 3910, n°12, obs. F. SUDRE ; CEDH, 24 janv. 2008, *Milan / France*, n°7549/03, §43 ; CEDH, 3 oct. 2013, *Douet / France*, préc., §28. Sur le lien entre dignité et respect de l'intégrité physique : C. JAOUEN, G. ALBON, J. LAMBERT, La protection de la dignité et de l'intégrité corporelle, Dr. pénal, 2011, Etude n°19, spéc. n°9, pour qui les deux notions sont « imbriquées ». La Cour européenne a considéré qu'une gifle isolée lors d'un interrogatoire policier n'est pas suffisant à provoquer une violation de l'article 3 : CEDH, 21 nov. 2013, *Bouyid / Belgique*, n°23380/09, §43 à 52 (renvoi devant la Grande chambre).

⁵⁰⁷⁶ V. Cass. crim., 10 janv. 1995, Inédit, n°94-82198 ; D., 1996, I.R., p. 173, approuvant l'annulation de l'interrogatoire d'une personne en garde à vue placée nue au milieu d'une pièce.

1042. Parfois, le traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 susmentionné, destiné à briser la résistance physique et morale du gardé à vue, consiste en une privation de sommeil⁵⁰⁷⁷. Dans le célèbre arrêt *Irlande / Royaume-Uni*⁵⁰⁷⁸, il a été jugé que la privation de sommeil avant les interrogatoires est, avec la privation de nourriture, le bruit, l'encapuchonnement et la station debout contre un mur, une des « cinq techniques particulières » qui, employées cumulativement, constituent des traitements inhumains et dégradants. L'affaire *Selmouni* a montré que le caractère nocturne des douleurs et souffrances infligées à l'intéressé a joué un rôle important pour retenir la qualification de « torture »⁵⁰⁷⁹. Dans une décision *Bati et autres / Turquie*⁵⁰⁸⁰, les agissements en cause ont été qualifiés de façon identique. La Cour de Strasbourg prend soin d'indiquer que les gardés à vue ont été privés de sommeil pendant plusieurs jours afin de leur extorquer des aveux et des renseignements. Mais la privation de sommeil n'était pas, en l'espèce, le seul élément de la violence policière. Les requérants avaient aussi fait l'objet de coups, pendaisons...⁵⁰⁸¹.

1043. Il n'y a pas que la garde à vue qui doit respecter la dignité de la personne suspectée ou poursuivie. Les fouilles à corps, qu'il s'agisse de fouilles intégrales ou d'investigations corporelles internes, sont tenues de se soumettre à ce principe. En droit européen, la protection contre la fouille à corps est toutefois intervenue sur le fondement de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, au titre du droit au respect de la vie privée, non sur celui de l'article 3⁵⁰⁸². En droit interne, cet acte coercitif obéit au même régime juridique que les perquisitions selon la jurisprudence, faute de texte spécifique le réglementant dans le Code de procédure pénale⁵⁰⁸³. Un arrêt rendu par la chambre de l'instruction d'Aix-en-Provence le 16 octobre 2008 apparaît à cet égard critiquable⁵⁰⁸⁴. Pour confirmer l'ordonnance de non-informer du juge d'instruction pour des violences volontaires infligées par une surveillante pénitentiaire, la cour d'appel énonce que la fouille intégrale opérée sur la mère d'un détenu en maison d'arrêt « a été adaptée au risque objectivé de remise indirecte d'un objet susceptible de favoriser une évasion et donc de porter atteinte gravement à l'ordre public » et qu'elle ne peut alors recevoir « aucune qualification pénale ». Or, il s'agissait en l'espèce d'une enquête de

⁵⁰⁷⁷ V. à cet égard, J.-P. MARGUENAUD, *La nuit en procédure pénale*, *op. cit.*, p. 723 à 727. Il ne faut pas confondre la privation de sommeil qui tend à briser la résistance physique et morale de la personne (relevant en général de l'article 3 de la Convention) avec le réveil des personnes qui subissent une perquisition nocturne (relevant de son article 8). Contrairement à la privation de sommeil qui ne devrait jamais être admise, même en cas d'état d'urgence, le réveil dû à une perquisition de nuit peut passer pour une mesure nécessaire, dans une société démocratique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, s'il a été prévu par la loi. Sur la distinction, J.-P. MARGUENAUD, *op. cit.*, p. 729 et 730.

⁵⁰⁷⁸ CEDH, 18 janv. 1978, *Irlande / Royaume-Uni*, n°5310/71, §96 et §165 à 168.

⁵⁰⁷⁹ Pour des développements essentiels à ce sujet, J.-P. MARGUENAUD, *op. cit.*, p. 723 et 724.

⁵⁰⁸⁰ CEDH, 3 juin 2004, *Bati et autres / Turquie*, n°33097/96 et n°57834/00, not. §114 et §119 à 124.

⁵⁰⁸¹ De sorte que la Cour européenne n'a semble-t-il toujours pas clairement répondu à la question de savoir comment qualifier une privation de sommeil qui serait le seul moyen utilisé pour extorquer des aveux ou des informations. Sur ce constat, J.-P. MARGUENAUD, *op. cit.*, p. 724.

⁵⁰⁸² V. CEDH, 26 sept. 2006, *Wainwright / Royaume-Uni*, n°12350/04, préc., §42 et 43 ; CEDH, 31 juill. 2014, *Jaeger / Estonie*, n°1574/13 (en anglais), §37 à 49. Il arrive que la mesure relève tout de même des traitements prohibés par l'article 3.

⁵⁰⁸³ V. A. VITU, *Dignité de la personne et procès pénal*, in *Ethique, droit et dignité de la personne*, Mélanges C. BOLZE, *Economica*, 1999, p. 387 et s., spéc. p. 388 à 390.

⁵⁰⁸⁴ CA (ch. instr.) Aix-en-Provence, 20^{ème} ch., 16 oct. 2008 ; A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 88, obs. M. HERZOG-EVANS.

droit commun qui était diligentée, la fouille n'étant pas pratiquée dans le cadre du droit pénitentiaire et le fait qu'elle ait eu lieu dans une prison étant indifférent. L'O.P.J. devait donc la pratiquer lui-même, il ne pouvait pas déléguer l'exécution de cet acte coercitif à un agent de l'administration pénitentiaire. Comme l'a fort bien souligné la doctrine, « il ne suffit pas de rapprocher un vague cadre juridique d'un acte attentatoire aux libertés individuelles et à la dignité humaine ; il faut vérifier que ledit cadre juridique est bien celui qui les autorise et secondairement que les conditions en ont été observées »⁵⁰⁸⁵.

1044. Ajouté par la loi du 14 avril 2011, l'article 63-7 du C.P.P. intéresse, dans son premier alinéa, la fouille intégrale menée sur le gardé à vue. Afin de préserver la dignité de l'intéressé, ce texte dispose que lorsqu'il est indispensable pour les nécessités de l'enquête de procéder à cet acte coercitif, celui-ci doit être décidé par un O.P.J. et opéré dans un espace fermé par une personne de même sexe que celle faisant l'objet de la fouille. La subsidiarité de la fouille intégrale s'impose. Elle ne peut être utilisée qu'en dernier recours, uniquement si la fouille par palpation et l'utilisation des moyens de détection électronique ne peuvent être réalisées⁵⁰⁸⁶. Le risque le plus important d'atteinte à la dignité des individus réside dans la pratique des fouilles *in corpore* ou investigations corporelles internes. Elles impliquent la dénudation complète (fouille intégrale) et des contacts physiques internes consistant en des examens portant sur les parties intimes (rectum, vagin)⁵⁰⁸⁷. Aussi l'article 63-7, alinéa 2, du C.P.P. les encadre, reprenant mot pour mot l'ancien article 63-5 de ce Code. Selon ces dispositions, « lorsqu'il est indispensable pour les nécessités de l'enquête de procéder à des investigations corporelles internes sur une personne gardée à vue, celles-ci ne peuvent être réalisées que par un médecin requis à cet effet ».

1045. La détention provisoire ne doit pas davantage attenter à la dignité de la personne poursuivie. Il convient de remarquer, d'emblée, que « c'est moins dans la réglementation qui les gouverne que par les conditions matérielles dans lesquelles elles s'exécutent, que la détention provisoire et les peines

⁵⁰⁸⁵ M. HERZOG-EVANS, obs. sur CA Aix-en-Provence, 16 oct. 2008, A.J. pénal, 2009, jurispr., p. 88.

⁵⁰⁸⁶ L'article 63-6 du C.P.P., créé par la loi du 14 avril 2011, prévoit, lui, que « les mesures de sécurité ayant pour objet de s'assurer que la personne gardée à vue ne détient aucun objet dangereux pour elle-même ou pour autrui sont définies par arrêté de l'autorité ministérielle compétente. Elles ne peuvent consister en une fouille intégrale ». Et le troisième alinéa du texte précise que cet article est également applicable en cas de retenue intervenant en application des articles 141-4, 709-1-1, 716-5 et 803-3 du C.P.P. V. en droit pénitentiaire : CE, ord., 6 juin 2013, n°368816 et CE, ord., 6 juin 2013, n°368875, préc., réalisant une synthèse de la position du juge administratif sur la question des fouilles corporelles intégrales. Il affirme, en visant les articles 22 et 57 de la loi pénitentiaire n°2009-1436 du 24 novembre 2009, que « s'il est vrai que les nécessités de l'ordre public et les contraintes du service public pénitentiaire peuvent légitimer l'application aux détenus d'un régime de fouilles corporelles intégrales, (...) l'exigence de proportionnalité des modalités selon lesquelles elles sont organisées implique qu'elles soient strictement adaptées non seulement aux objectifs qu'elles poursuivent mais aussi à la personnalité des personnes détenues qu'elles concernent ; à cette fin, il appartient au chef d'établissement de tenir compte, dans toute la mesure du possible, du comportement de chaque détenu, de ses agissements antérieurs ainsi que des circonstances de ses contacts avec des tiers ». De plus, lorsqu'une instruction particulière prévoit la fouille intégrale systématique d'un détenu au retour de chaque parloir, la mesure doit faire l'objet d'un réexamen à intervalles réguliers afin d'apprécier si le comportement et la personnalité du détenu justifient ou non la poursuite de ce régime exorbitant.

⁵⁰⁸⁷ Sur ces fouilles spécifiques : K. GACHI, *op. cit.*, n°254, p. 188 et s.

privatives de liberté portent parfois atteinte à la dignité de la personne »⁵⁰⁸⁸. Sans doute le législateur a-t-il institué en 2007 un Contrôleur général des lieux de privation de liberté⁵⁰⁸⁹, dont les prérogatives viennent d'être renforcées par une loi du 26 mai 2014⁵⁰⁹⁰. Mais la loi ne prend pas en considération les conditions matérielles d'exécution de la détention provisoire et le juge qui la prescrit, « aussi déplorables que soient ces conditions, ne viole aucune disposition du Code de procédure pénale »⁵⁰⁹¹. Ceci a été rappelé par la Cour de cassation : en l'absence d'éléments propres à la personne concernée, suffisamment graves pour mettre en danger sa santé physique ou mentale, une demande de mise en liberté fondée sur le caractère inhumain et dégradant des conditions d'incarcération, doit être examinée au regard des seules dispositions légales régissant la détention provisoire⁵⁰⁹². L'éventuelle violation de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme peut engager la responsabilité de la puissance publique en raison du mauvais fonctionnement du service public, mais ne saurait constituer une cause de nullité de la procédure⁵⁰⁹³.

1046. De son côté, la Cour européenne fait preuve d'une vigilance accrue en la matière. Elle a condamné la France pour l'inadaptation des conditions matérielles d'incarcération d'une personne handicapée durant quatre mois à la prison de Fresnes, placée dans cet établissement au cours de sa détention provisoire⁵⁰⁹⁴. Selon la Cour, rien ne prouve l'existence d'une intention d'humilier ou de rabaisser le requérant. Elle estime néanmoins que la détention d'un individu handicapé dans un établissement où il ne peut se déplacer et notamment quitter sa cellule, par ses propres moyens, constitue un « traitement dégradant » au sens de l'article 3 de la Convention. Elle conclut à la violation de cette disposition pour ce motif⁵⁰⁹⁵.

⁵⁰⁸⁸ A. VITU, *op. cit.*, p. 391. V. CE, 6 déc. 2013, n°363290, 363291, 363292, 363293, 363294, 363295, cons. 3 ; A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 143, obs. E. PECHILLON, affirmant que tout prisonnier a droit à être détenu dans des conditions conformes à la dignité humaine, de sorte que les modalités d'exécution des mesures prises ne le soumettent pas à une épreuve qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention. En raison de la situation d'entière dépendance des personnes détenues vis-à-vis de l'administration pénitentiaire, l'appréciation du caractère attentatoire à la dignité des conditions de détention dépend notamment de leur vulnérabilité, appréciée compte tenu de leur âge, de leur état de santé, de leur handicap et de leur personnalité, ainsi que de la nature et de la durée des manquements constatés et des motifs susceptibles de justifier ces manquements eu égard aux exigences qu'impliquent le maintien de la sécurité et du bon ordre dans les établissements pénitentiaires, la prévention de la récidive et la protection de l'intérêt des victimes. Des conditions de détention attentatoires à la dignité humaine révéleraient une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique.

⁵⁰⁸⁹ Loi n°2007-1545 du 30 octobre 2007, J.O. du 31 oct. 2007, p. 17891. C'est « tout lieu où des personnes sont privées de leur liberté par décision d'une autorité publique » que peut visiter le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (art. 8), ce qui ne se limite pas aux établissements pénitentiaires, mais concerne également les locaux de police ou de gendarmerie (ou de douane) dans lesquels les personnes subissent des mesures de vérification d'identité ou de garde à vue.

⁵⁰⁹⁰ Loi n°2014-528 du 26 mai 2014 modifiant la loi n°2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, J.O. du 27 mai 2014, p. 8600 ; J.C.P., 2014, act., 650, obs. S. DETRAZ ; Procédures, 2014, comm. n°213, obs. J. BUISSON. Cette loi renforce surtout les moyens d'information et d'action dudit Contrôleur général.

⁵⁰⁹¹ X. SALVAT, obs. sur Cass. crim., 29 fév. 2012 et Cass. crim., 3 oct. 2012, Rev. sc. crim., 2012, p. 879.

⁵⁰⁹² Cass. crim., 29 fév. 2012, Bull. crim., n°58 ; Rev. sc. crim., 2012, p. 879, obs. X. SALVAT.

⁵⁰⁹³ Cass. crim., 22 juin 2010, Inédit, n°09-86658, évoquant également l'article 10 du Pacte international de 1966 et l'article préliminaire du Code de procédure pénale.

⁵⁰⁹⁴ CEDH, 24 oct. 2006, *Vincent / France*, n°6253/03, §100 et s. ; A.J. pénal, 2006, jurispr., p. 500, obs. J.-P. CERE.

⁵⁰⁹⁵ §103 de l'arrêt.

1047. Les mauvais traitements subis en détention, c'est-à-dire les tortures, traitements inhumains ou dégradants peuvent émaner de codétenus. A cet égard, les autorités de l'Etat ont non seulement l'obligation de s'abstenir de provoquer de tels traitements, mais aussi celle de prendre les mesures adéquates à éviter leur administration par de simples particuliers. Il faut que le droit interne assure au détenu une protection effective et suffisante contre les atteintes à son intégrité physique et les autorités pénitentiaires doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour le protéger⁵⁰⁹⁶. En outre, le problème de la surpopulation carcérale, associé à la vétusté des lieux de privation de liberté, engendrent de nombreuses violations de l'article 3 de la Convention, les conditions matérielles de la détention provisoire n'étant pas conformes à la dignité humaine⁵⁰⁹⁷. Ce texte peut encore être méconnu en raison de la difficulté à trouver le sommeil liée à des conditions sordides d'incarcération. En témoigne l'affaire *Kalashnikov / Russie*⁵⁰⁹⁸. Il ne faut pas non plus bien sûr que la dignité des condamnés purgeant leur peine soit altérée⁵⁰⁹⁹.

1048. Enfin, l'article 803 du C.P.P. énumère deux critères qui justifient le recours aux menottes ou entraves, en particulier lors d'une arrestation : la dangerosité de la personne et le risque de fuite. Aux termes de ce texte, « nul ne peut être soumis au port des menottes ou des entraves que s'il est

⁵⁰⁹⁶ Tel a été le cas dans l'affaire *Stasi* selon les juges de Strasbourg : CEDH, 20 oct. 2011, *Stasi / France*, n°25001/07, §75 à 102, concluant à la non violation de l'article 3 de la Convention. Dans un arrêt récent (CEDH, 29 oct. 2013, *D.F. / Lettonie*, n°11160/07 (en anglais) ; J.C.P., 2014, 78, spéc. n°5, obs. F. SUDRE), la Cour a étendu le champ de la protection de l'article 3 en abaissant le seuil de gravité requis. Il s'agissait d'un risque de mauvais traitements de la part des codétenus d'un individu, détenu pour crime sexuel sur mineur. Même si le risque ne s'est pas matérialisé, la Cour considère que le fait pour les autorités pénitentiaires d'exposer consciemment un détenu pendant un an « à la crainte d'un risque imminent de mauvais traitements » constitue, en l'absence de recours effectif pour y remédier, une violation de l'article 3 (§95).

⁵⁰⁹⁷ V. CEDH, 4 oct. 2005, *Becciev / Moldavie*, n°9190/03 (en anglais), §41 à 48, pour un placement en détention provisoire durant 37 jours dans une cellule dont les fenêtres étaient fermées par des plaques métalliques et alors que le détenu ne recevait pas suffisamment de nourriture, qu'il était contraint de dormir par terre sans oreiller, sans draps, sans couverture, sans possibilité de faire des exercices à l'extérieur de sa cellule ; CEDH, 10 janv. 2012, *Ananyev et autres / Russie*, n°42525/07 et n°60800/08 (en anglais) ; CEDH, 25 avril 2013, *Canali / France*, n°40119/09, §48 à 53 ; D., 2013, p. 1138, obs. M. LENA, retenant un traitement dégradant au sens de l'article 3 pour les conditions d'incarcération à la maison d'arrêt Charles III de Nancy, fermée en 2009. En droit interne, la Commission nationale de réparation des détentions considère que le préjudice moral du détenu provisoire est aggravé en raison de l'insalubrité et du taux d'occupation particulièrement élevé de l'établissement pénitentiaire, lesdites conditions de détention ayant nécessairement été subies à titre personnel : Cass. CNRD, 25 juin 2012, Bull. CNRD, n°3 et Cass. CNRD, 25 juin 2012, Bull. CNRD, n°4. V. X. SALVAT, obs. préc., spéc. p. 880 et 881, pour qui « la seule affirmation de la responsabilité pécuniaire de l'Etat pour manquement à son obligation de veiller au respect des droits des détenus, à leur confort matériel, à leur hygiène et à leur santé demeure insuffisante ».

⁵⁰⁹⁸ CEDH, 15 juill. 2002, *Kalashnikov / Russie*, n°47095/99, §97 et §101 à 103. Malgré l'absence d'une véritable intention d'humilier ou de rabaisser le requérant, l'arrêt retient la qualification de « traitement dégradant ». Trois codétenus devaient dormir à tour de rôle dans le même lit et l'éclairage constant, le bruit et l'agitation générale inhérents à la surpopulation de la cellule aggravaient les conditions de sommeil et aboutissaient à une privation extrêmement pénible tant sur le plan physique que psychologique. *Adde*, CEDH, 20 janv. 2005, *Mayzit / Russie*, n°63378/00 (en anglais), §39 à 43. Sur la question, J.-P. MARGUENAUD, *op. cit.*, p. 725 et 726, précisant que « le défaut de sommeil est pris en compte par la Cour de Strasbourg au titre de l'obligation d'assurer des conditions de détention conformes à la dignité humaine instaurée par l'arrêt *Kudla / Pologne* du 26 octobre 2000 ».

⁵⁰⁹⁹ Si le juge pénal s'est déclaré incompétent pour informer sur la plainte d'un détenu (refus d'informer) soutenant avoir été soumis pendant sa détention à des conditions d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine (Cass. crim., 20 janv. 2009, Bull. crim., n°18 ; Rev. sc. crim., 2009, p. 922, obs. J.-F. RENUCCI), les juridictions administratives, notamment le juge des référés, condamnent l'Etat pour des conditions de détention contraires à la dignité humaine (CAA Douai, 12 nov. 2009, Dr. pénal, 2009, comm. n°156, note A. MARON et M. HAAS ; TA Rouen (ord. réf.), 11 juin 2010, J.C.P., 2010, act., 687 ; CE, 6 déc. 2013, préc., rejetant cependant le pourvoi). Il ne faut pas que l'article 22 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, en vertu duquel « l'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits », reste lettre morte. Pour des condamnations européennes en raison d'un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3 de la Convention, V. par ex., CEDH, 9 juill. 2009, *Khider / France*, n°39364/05, §133 ; Dr. pénal, 2009, comm. n°129, note A. MARON et M. HAAS ; CEDH, 20 janv. 2011, *Payet / France*, n°19606/08, préc., §85.

considéré soit comme dangereux pour autrui ou pour lui-même, soit comme susceptible de tenter de prendre la fuite ». En dehors de ces deux hypothèses, leur utilisation se révèle illégale⁵¹⁰⁰. Mais le principal intérêt de ces dispositions serait surtout « d'ordre pédagogique », en « l'absence de sanction qui conduit à s'interroger sur leur portée réelle »⁵¹⁰¹. L'usage abusif des menottes et entraves dans les diverses phases du procès pénal est pourtant susceptible de constituer une violation de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁵¹⁰². Tel n'est pas le cas si, au vu des circonstances de la cause, le port de celles-ci ne vise pas à avilir ou humilier le requérant⁵¹⁰³. La France a précisément été condamnée pour avoir violé ledit article 3 dans les affaires *Hénaf*⁵¹⁰⁴ et *Duval*⁵¹⁰⁵. Si l'acte coercitif doit préserver la dignité humaine, il doit de surcroît protéger l'intégrité physique et la santé des personnes qui le subissent.

3°- L'acte coercitif doit sauvegarder la santé et l'intégrité physique

1049. Il convient d'apporter, au préalable, une précision sur la distinction opérée entre la préservation de la dignité humaine, d'une part, et la protection de la santé et de l'intégrité physique, d'autre part. Quelle que soit son intensité, l'acte coercitif demeure assujéti à ces deux principes. Leur distinction s'avère certes malaisée, car bien souvent, l'atteinte au respect de la dignité correspond *a fortiori* à une atteinte à l'intégrité physique ou à la santé de la personne concernée. Cette confusion demeure toutefois préoccupante⁵¹⁰⁶. L'affaire *Jalloh*⁵¹⁰⁷ l'illustre suffisamment. Il ressort de cet arrêt que l'administration de force de substances vomitives à un individu soupçonné de trafic de stupéfiants a pu lui « inspirer des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à l'humilier et à l'avilir. En outre, elle a comporté des risques pour la santé de l'intéressé (...) et la façon dont l'intervention a été pratiquée a également occasionné au requérant des douleurs physiques et des souffrances mentales. L'intéressé a donc été soumis à un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 »⁵¹⁰⁸. Une telle solution se fonde sur « une conception relativement exacerbée de la dignité humaine » et « contribue, malheureusement, à transformer la notion de "traitements inhumains et dégradants" en

⁵¹⁰⁰ V. CA Paris, 7 janv. 1997, Rev. sc. crim., 1999, p. 105, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE.

⁵¹⁰¹ D. ROETS, Menottes, entraves et dignité de la personne, R.P.D.P., 2001, p. 607 et s., spéc. p. 610 et 611.

⁵¹⁰² J.-P. MARGUENAUD, D. ROETS, L'encadrement (...), *op. cit.*, p. 204.

⁵¹⁰³ CEDH, 16 déc. 1997, *Raninen / Finlande*, n°152/1996/771/972, §56, 58 et 59.

⁵¹⁰⁴ CEDH, 27 nov. 2003, *Hénaf / France*, n°65436/01, §56 et 59 ; D., 2004, jurispr., p. 1196, note D. ROETS (détenu de 75 ans entravé à son lit d'hôpital la veille d'une intervention chirurgicale : traitement « inhumain », « la mesure d'entrave (étant) disproportionnée au regard des nécessités de la sécurité, d'autant plus que deux policiers avaient été spécialement placés en faction devant la chambre du requérant »).

⁵¹⁰⁵ CEDH, 26 mai 2011, *Duval / France*, n°19868/08 ; Procédures, 2011, comm. n°230, note N. FRICERO. Les mesures de sécurité imposées au requérant détenu (menottes et entraves) lors des examens médicaux, combinées avec la présence du personnel pénitentiaire au cours de ces examens, constituent un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention.

⁵¹⁰⁶ K. GACHI, *op. cit.*, n°583 et s., p. 433 et s., spéc. n°585, p. 434 : « L'amalgame entre le respect de l'intégrité physique et le respect de la dignité humaine ne conduit-il pas à conférer une valeur absolue au respect de l'une et, dans le même temps, à relativiser la protection de l'autre ? ».

⁵¹⁰⁷ CEDH (Gr. ch.), 11 juill. 2006, *Jalloh / Allemagne*, préc.

⁵¹⁰⁸ §82 de l'arrêt.

concept attrape-tout »⁵¹⁰⁹. La Cour aurait dû s'appuyer sur l'article 8 de la Convention, en particulier sur le droit au respect de la vie privée, afin de sanctionner cette atteinte à l'intégrité physique et morale, laquelle ne semble pas atteindre la gravité habituelle des atteintes sanctionnées sur le terrain de l'article 3⁵¹¹⁰.

1050. Faire le départ entre le respect de la dignité humaine et celui de l'intégrité physique ou de la santé apparaît nécessaire. Car il est regrettable que « l'incrimination des “tortures et actes de barbarie” ait été “noyée” ou “banalisée” dans les atteintes à l'intégrité physique, alors qu'il y a atteinte à deux “biens juridiques” différents : l'intégrité physique (qui peut être peu atteinte, quand l'I.T.T. est légère) et dignité (toujours fortement altérée chez la victime comme chez les tiers, car le respect dû à l'homme a été violé) »⁵¹¹¹. En droit européen, l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales reste utilisé pour protéger l'intégrité physique des personnes⁵¹¹², lorsque les violences ne peuvent être qualifiées de procédé « dégradant », autrement dit, sont insuffisantes à atteindre le niveau de gravité requis pour la mise en jeu de l'article 3 de ladite Convention⁵¹¹³. Cette sanction des atteintes au droit au respect de la vie privée se révèle alors essentielle, la Cour de Strasbourg établissant « un *continuum* de la protection de l'intégrité physique et morale, de l'article 8 à l'article 3 »⁵¹¹⁴. Ainsi la protection contre les fouilles corporelles s'opère-t-elle en vertu de l'article 8 de la Convention⁵¹¹⁵. En revanche, il demeure possible de lier les notions d'intégrité physique et de santé⁵¹¹⁶. La sauvegarde de la protection de celle-ci participe de la protection de celle-là. Le juge européen les lie justement la plupart du temps⁵¹¹⁷.

1051. De ce point de vue, l'acte coercitif ne saurait attenter à l'intégrité physique et à la santé des justiciables. Il est, au contraire, indispensable de les protéger dès l'instant où ces personnes se trouvent privées de liberté. Evidemment, les coups et blessures assésés à un gardé à vue afin de lui extorquer des aveux sont totalement proscrits, peu importe la gravité et la complexité de l'infraction à l'origine

⁵¹⁰⁹ J.-F. FLAUSS, obs. sur CEDH (Gr. ch.), 11 juill. 2006, *Jalloh / Allemagne*, A.J.D.A., 2006, p. 1710.

⁵¹¹⁰ V. F. SUDRE, obs. sur CEDH (Gr. ch.), 11 juill. 2006, *Jalloh / Allemagne*, J.C.P., 2007, I, 106, n°1.

⁵¹¹¹ J.-F. SEUVIC, Variations sur l'humain (...), *op. cit.*, p. 363.

⁵¹¹² V. par ex., CEDH, 22 juill. 2003, *Y.F. / Turquie*, n°24209/94, §32 à 35 ; J.C.P., 2004, I, 107, n°10, obs. F. SUDRE, à propos d'une femme contrainte, lors de sa garde à vue, de subir un examen gynécologique (violation de l'article 8). Il convient toutefois de signaler qu'aucune disposition de cette Convention ne protège l'intégrité physique de manière expresse.

⁵¹¹³ La violence peut également être morale : CEDH, 15 oct. 2013, *Gutsanovi / Bulgarie*, §125. Pour l'étude de la torture, des traitements inhumains et dégradants, V. *infra*, n°1229 et s.

⁵¹¹⁴ F. SUDRE, obs. sur CEDH, 26 sept. 2006, *Wainwright / Royaume-Uni*, J.C.P., 2007, I, 106, n°11.

⁵¹¹⁵ V. CEDH, 26 sept. 2006, *Wainwright / Royaume-Uni*, préc. Sur la question, K. GACHI, *op. cit.*, n°242 et s., p. 182 et s.

⁵¹¹⁶ Pour une étude du droit à la santé en droit constitutionnel, V. SAINT-JAMES, Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, R.D.P., 1997, p. 457 et s. En droit interne, le onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 consacre l'existence d'un droit à la santé comme l'un des « principes particulièrement nécessaires à notre temps » (« La nation garantit à tous, notamment à la mère, à l'enfant, et aux vieux travailleurs, la protection de la santé »).

⁵¹¹⁷ V. par ex., CEDH, 14 nov. 2002, *Mouisel / France*, n°67263/01, §40 ; D., 2003, jurisp., p. 303, note H. MOUTOUH ; Rev. sc. crim., 2003, chron., p. 144, obs. F. MASSIAS.

de l'enquête ou de l'instruction⁵¹¹⁸. Sa santé doit de même être préservée⁵¹¹⁹. La notification des droits peut intervenir ultérieurement si l'individu interpellé est « saisi par un froid intense », les enquêteurs devant assurer « par priorité la protection de la vie de celui-ci »⁵¹²⁰. Aux termes de l'article 63-3 du C.P.P., la personne gardée à vue peut être examinée par un médecin. Lorsque ce dernier, légalement requis, fait défaut au terme du délai qu'il avait indiqué, cette carence doit être constatée par l'O.P.J. compétent qui doit alors prendre attache avec un autre médecin pour que celui-ci effectue l'examen médical. L'inexécution de cette nouvelle diligence peut, selon les circonstances, constituer une nullité dès lors que l'intéressé établit que la méconnaissance de cette formalité a porté atteinte à ses intérêts⁵¹²¹.

1052. Le médecin se prononce sur l'aptitude au maintien de la garde à vue et procède à toutes constatations utiles⁵¹²². L'examen pratiqué présente un caractère sérieux, il ne doit jamais être bâclé⁵¹²³. La personne reçoit, en cas de besoin, les soins médicaux appropriés⁵¹²⁴. Il résulte de l'article 63-3 du C.P.P. que la poursuite de la garde à vue après certificat médical attestant de l'incompatibilité

⁵¹¹⁸ CEDH, 27 août 1992, *Tomasi / France*, préc., §115 : « Les nécessités de l'enquête et les indéniables difficultés de la lutte contre la criminalité, notamment en matière de terrorisme, ne sauraient conduire à limiter la protection due à l'intégrité physique de la personne » ; CEDH (Gr. ch.), 28 juill. 1999, *Selmouni / France*, préc., §95. Adde, CEDH, 24 juill. 2014, *Al Nashiri / Pologne*, préc. (« techniques d'interrogatoire avancées par des agents de la CIA, comme la « noyade simulée »).

⁵¹¹⁹ Le juge européen pose une exigence de promptitude de protection de la santé du gardé à vue : CEDH, 24 juin 2008, *Iambor / Roumanie (n°1)*, n°64536/01, §176, 179 et 180 (violation de l'article 3 de la Convention, le requérant n'ayant été hospitalisé que plus de sept heures après son placement en garde à vue, malgré des blessures sérieuses) ; CEDH, 8 juill. 2014, *Yurtsever et autres / Turquie*, n°22965/10, §74 et 75 (violation de l'article 2 de la Convention, mort de l'individu). Il a également précisé qu'une personne blessée ne doit pas être ramenée en garde à vue trop rapidement après une intervention chirurgicale, le suivi médical primant sur l'interrogatoire d'un suspect lorsqu'aucune urgence ne peut être caractérisée : CEDH, 14 avril 2009, *Olteanu / Roumanie*, n°71090/01, §74 à 76 ; R.I.D.P., 2009, p. 620, n°13, obs. C. MENABE. Il est par ailleurs proscrit d'imposer à une personne, blessée au cours de sa garde à vue, le paiement préalable des frais médicaux avant toute administration de soins appropriés dans un hôpital public, sous peine de violer l'article 3 de la Convention : CEDH, 12 oct. 2010, *Umar Karatepe / Turquie*, n°20502/05, §71 et 72 ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2011, chron. préc., spéc. n°6.

⁵¹²⁰ Cass. crim., 17 mai 2000, Inédit, n°00-81149 (admission d'une circonstance insurmontable à l'obligation de notifier immédiatement les droits attachés au placement en garde à vue pour un individu « tétanisé par le froid et souffrant de graves gelures aux pieds »).

⁵¹²¹ Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 2012, Bull. civ. I, n°196 ; J.C.P., 2012, 1309, note F. DESPREZ. Il s'agit donc d'une nullité d'intérêt privé soumise à la démonstration d'un grief, conformément aux articles 171 et 802 du C.P.P. Dans sa note sous cet arrêt, F. DESPREZ critique l'approche retenue par la première chambre civile de la nullité, quant aux diligences accomplies en vue de mettre en œuvre le droit à un examen médical. Il note, avec justesse, que la mission du médecin consiste à apprécier l'aptitude du gardé à vue à subir cette mesure. « Nécessairement, il s'agit d'une intervention qui doit être rapide ; outre certaines hypothèses particulières, quel est l'intérêt de procéder à un examen médical lorsque l'accomplissement de la garde à vue est déjà bien avancé ? ».

⁵¹²² V. Rapport de la Cour de cassation de 2007, Les relations juridiques à l'épreuve de la protection de la santé, spéc. p. 211 et s. « Santé et système répressif ». Le médecin, « devenu un acteur à part entière de la garde à vue », peut être amené, compte tenu du comportement du patient, « à demander l'avis d'un spécialiste, par exemple un psychiatre ». Par ailleurs, « le médecin, même si la loi n'évoque qu'une activité de constat, proche de l'expertise, demeure un soignant ».

⁵¹²³ Pour un exemple d'examen médical sommaire et non renouvelé, ayant eu des conséquences dramatiques (mort du gardé à vue) : Cass. crim., 4 fév. 2003, Inédit, n°02-81720.

⁵¹²⁴ CEDH, 9 oct. 2007, *Saoud / France*, n°9375/02, préc., §98, rappelant que, « face à des personnes détenues, placées en garde à vue ou venant (...) de faire l'objet d'une arrestation et se trouvant donc dans un rapport de dépendance par rapport aux autorités de l'Etat, ces dernières ont une obligation de protection de la santé. Celle-ci implique de dispenser avec diligence des soins médicaux lorsque l'état de santé de la personne le nécessite afin de prévenir une issue fatale » : CEDH, 16 déc. 2008, *Levinta / Moldova*, n°17332/03 (en anglais) ; J.C.P., 2009, I, 104, n°3, obs. F. SUDRE. Adde, art. 10, al. 3 du Code de déontologie de la police nationale, disposant que « le fonctionnaire de police ayant la garde d'une personne dont l'état nécessite des soins spéciaux doit faire appel au personnel médical et, le cas échéant, prendre des mesures pour protéger la vie et la santé de cette personne ».

de l'acte coercitif avec l'état de santé de l'individu, porte nécessairement atteinte à ses intérêts⁵¹²⁵. Le certificat médical se trouve versé au dossier⁵¹²⁶. S'il atteste de l'inaptitude de l'intéressé à subir la mesure dans les locaux du commissariat, celui-ci peut néanmoins, une fois l'intervention chirurgicale réalisée sur lui, être entendu par un O.P.J. qui lui notifie ses droits après que le service des urgences l'a déclaré apte à la garde à vue⁵¹²⁷. En revanche, l'enquêteur n'a pas la possibilité de procéder à l'audition d'un suspect, non placé en garde à vue, hospitalisé à la suite de blessures intervenues lors de son interpellation, sans avoir recueilli, au préalable, l'autorisation d'un médecin garantissant la compatibilité de son état de santé avec son audition et le déroulement de celle-ci dans des conditions conformes aux exigences posées par l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁵¹²⁸. La Cour de cassation distingue ainsi entre « le contenu du constat médical » et « le formalisme entourant l'accomplissement de ce constat » : l'irrespect du premier est soumis à une nullité d'intérêt privé qui ne suppose pas la démonstration d'un grief, tandis que le second obéit à une nullité d'intérêt privé exigeant la démonstration d'un grief⁵¹²⁹.

1053. L'exigence de respect de l'intégrité physique (et psychique) et de la santé du justiciable s'applique également en matière de détention provisoire. En premier lieu, les autorités répressives doivent faire hospitaliser la personne détenue si cela s'avère nécessaire⁵¹³⁰. La mesure coercitive peut cesser, en second lieu, lorsque l'état de santé de cette personne se révèle incompatible avec une prolongation⁵¹³¹. Il incombe aux juridictions du fond de vérifier *in concreto* si l'état de santé de

⁵¹²⁵ Cass. crim., 27 oct. 2009, Bull. crim., n°176 ; J.C.P., 2010, 85, note M.-C. GUERIN ; A.J. pénal, 2010, jurispr., p. 37, obs. C. GIRAULT ; D., 2010, p. 245, note P.-J. DELAGE ; Procédures, 2010, comm. n°91, obs. J. BUISSON. Elle se prononce donc en faveur d'une cause de nullité faisant nécessairement grief. *Adde*, Cass. crim., 1^{er} fév. 2011, Inédit, n°10-83017.

⁵¹²⁶ Art. 63-3, al. 4 du C.P.P. La Cour de cassation a décidé qu'une atteinte aux droits du gardé à vue ne peut être déduite de la seule circonstance qu'aucun certificat médical n'a été délivré à la suite de l'examen prescrit d'office par l'O.P.J. La méconnaissance de ces dispositions ne peut entraîner l'annulation de la garde à vue que par la démonstration d'un grief aux intérêts de la partie concernée, en application des articles 171 et 802 du C.P.P. : Cass. crim., 25 fév. 2003, Bull. crim., n°50 ; Procédures, 2003, comm. n°153, note J. BUISSON.

⁵¹²⁷ Cass. crim., 11 juill. 2012, Bull. crim., n°167.

⁵¹²⁸ Cass. crim., 25 oct. 2011, Bull. crim., n°216 ; D., 2011, p. 2731, obs. C. GIRAULT ; Rev. sc. crim., 2012, p. 192, obs. J. DANET. La cassation est prononcée en l'espèce, mais « la solution retenue l'est *a minima* » (J. DANET, obs. sur cet arrêt, ajoutant que la cassation est prononcée « sur l'appréciation la plus critiquable d'une motivation qui ignore les exigences de l'article 3 de la CEDH » et relatant un « véritable détournement possible de la loi » : l'audition de la personne, après accord médical, sans la placer en garde à vue puisqu'elle ne peut quitter l'hôpital du fait de ses blessures). L'arrêt vise l'article 593 du C.P.P., la chambre de l'instruction ayant statué par des motifs hypothétiques et sans rechercher si un médecin avait lui-même constaté que l'état de santé de la personne hospitalisée était compatible avec son audition et pouvait se dérouler conformément aux exigences de l'article 3 de la Convention. En l'espèce, les enquêteurs avaient reçu une réponse transmise par une infirmière qui, « selon toute vraisemblance, s'était adressée au préalable au médecin traitant pour solliciter son avis et, partant, cette autorisation ».

⁵¹²⁹ F. DESPREZ, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 2012, J.C.P., 2012, 1309.

⁵¹³⁰ V. CEDH, 14 mars 2013, *Salakhov et Islyamova / Ukraine*, n°28005/08 (en anglais), pour un défaut de soins médicaux adéquats dispensés à une personne séropositive au cours de sa détention provisoire et décédée du sida deux semaines après sa libération. La solution est identique pour un condamné : CEDH, 9 sept. 2010, *Xiros / Grèce*, n°1033/07, §75, 76 et §82 à 90 ; L. DUBOIS, La protection de la santé des détenus à l'aune de la Convention européenne des droits de l'homme, *in* L'homme et le droit, En hommage au Professeur Jean-François FLAUSS, Pedone, 2014, p. 305 et s., spéc. p. 307 à 316.

⁵¹³¹ V. Cass. crim., 10 fév. 1966, Bull. crim., n°40 ; J. PRADEL, La santé du détenu, Rev. sc. crim., 1974, p. 269 et s., spéc. n°18, p. 289. V. CEDH, 23 fév. 2012, *G. / France*, n°27244/09, §72 (maladie mentale) ; CEDH, 5 mars 2013, *Gülray Cetin / Turquie*, n°44084/10 ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2014, chron. préc., spéc. n°8, relevant les défaillances de protection des personnes placées en détention provisoire et atteintes de maladies graves.

l'individu mis en détention provisoire est compatible avec une incarcération⁵¹³². La chambre criminelle approuve le rejet d'une demande de mise en liberté, fondé sur une expertise médicale qui conclut à une telle compatibilité⁵¹³³. Elle estime, en outre, que l'expertise médicale sollicitée par le détenu et ordonnée par la chambre de l'instruction, constitue une « vérification » au sens de l'article 194, alinéa 4, du C.P.P.⁵¹³⁴ Si cet acte coercitif se révèle incompatible, seule une mesure d'assignation à résidence ou de contrôle judiciaire doit être ordonnée, indépendamment de la gravité des faits reprochés au mis en examen, prévenu ou accusé. Constatée à un moment donné, l'incompatibilité peut toutefois disparaître si l'état de santé de l'intéressé s'améliore. La détention provisoire peut alors se substituer au contrôle judiciaire, en particulier si l'amélioration des possibilités d'autonomie du mis en examen accroît les risques de réitération de l'infraction⁵¹³⁵. Il est à noter que le Sénat a adopté, en première lecture, le 13 février 2014, une proposition de loi relative à la création d'un dispositif de suspension de détention provisoire pour motif d'ordre médical. L'exposé des motifs souligne que « les personnes placées en détention provisoire sont totalement dépourvues de tout recours lorsque la dégradation de leur état de santé rend leur maintien en détention intolérable »⁵¹³⁶. Le texte prévoit ainsi que cet état de santé peut être une cause de mise en liberté de l'intéressé. Créé finalement par l'article 50 de la loi n°2014-896 du 15 août 2014, l'article 147-1 du C.P.P. organise cette possibilité d'élargissement à compter du 1^{er} octobre 2014⁵¹³⁷.

1054. Le mandat d'arrêt européen est encore tenu d'assurer la protection de la santé et de l'intégrité physique du justiciable lors de son exécution. Selon l'article 695-38 du C.P.P., la chambre de l'instruction peut, après avoir statué sur l'exécution de ce mandat, surseoir temporairement à la remise de la personne recherchée pour des raisons humanitaires sérieuses, en particulier si sa remise est susceptible d'avoir pour elle des conséquences graves en raison notamment de son âge ou de son état

⁵¹³² Cass. crim., 2 sept. 2009, Bull. crim., n°149 ; A.J. pénal, 2009, jurispr., p. 452, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE.

⁵¹³³ Cass. crim., 3 oct. 2012, Bull. crim., n°209 ; Rev. sc. crim., 2012, p. 879, obs. X. SALVAT, approuvant la chambre de l'instruction de Nouméa d'avoir écarté l'argumentation d'un détenu provisoire en constatant, au vu d'une expertise médicale, que l'incident récent de pneumopathie évoqué ne trouve pas sa cause directe dans les conditions de détention au centre de Nuutania, qu'il bénéficie d'un traitement normalement dispensé par le service médical, et qu'en l'absence d'autre pièce médicale ce détenu ne présente pas « d'éléments propres à sa personne suffisamment graves pouvant mettre en danger sa santé physique ou mentale ».

⁵¹³⁴ Cass. crim., 18 déc. 2013, Bull. crim., n°263 ; D., 2014, p. 147.

⁵¹³⁵ Cass. crim., 29 janv. 2008, Bull. crim., n°21 ; D. GUERIN, Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2009, chron. préc., spéc. n°28.

⁵¹³⁶ Proposition de loi enregistrée à la présidence du Sénat le 16 décembre 2013 et texte adopté le 13 février 2014 ; D., 2014, p. 486.

⁵¹³⁷ Reprenant le texte adopté le 13 février 2014, l'article 147-1 du C.P.P. dispose qu'« en toute matière et à tous les stades de la procédure, sauf s'il existe un risque grave de renouvellement de l'infraction, la mise en liberté d'une personne placée en détention provisoire peut être ordonnée, d'office ou à la demande de l'intéressé, lorsqu'une expertise médicale établit que cette personne est atteinte d'une pathologie engageant le pronostic vital ou que son état de santé physique ou mentale est incompatible avec le maintien en détention. La mise en liberté des personnes détenues admises en soins psychiatriques sans leur consentement ne peut être ordonnée en application du présent article ». Et d'ajouter que « la décision de mise en liberté peut être assortie d'un placement sous contrôle judiciaire ou d'une assignation à résidence avec surveillance électronique. L'évolution de l'état de santé de la personne peut constituer un élément nouveau permettant qu'elle fasse l'objet d'une nouvelle décision de placement en détention provisoire, selon les modalités prévues au présent code, dès lors que les conditions de cette mesure prévue à l'article 144 sont réunies ». A ce sujet : V. PELTIER, Les « boîtes à outils » (...), *op. cit.*, spéc. le 4^o.

de santé⁵¹³⁸. Ces dispositions ont surtout vocation « à s'appliquer aux personnes susceptibles de reconstituer suffisamment leurs forces vitales pour être remises à l'Etat d'émission »⁵¹³⁹. Trois éléments permettent d'apprécier les conséquences graves liées à l'état de santé de l'individu : l'état de santé lui-même, qui peut justifier un sursis à l'exécution de la remise s'il s'avère très dégradé⁵¹⁴⁰, la capacité de l'Etat ayant émis le mandat à soigner de façon satisfaisante l'intéressé, enfin la compatibilité du transport de celui-ci avec son état de santé⁵¹⁴¹. Il faut noter que la chambre de l'instruction, qui a autorisé l'exécution du mandat d'arrêt européen mais sursis à la remise de la personne recherchée en raison de son état de santé, peut fort bien décider, au vu d'un rapport d'expertise médicale, qu'il n'existe plus de raisons humanitaires sérieuses justifiant qu'il soit temporairement sursis à la remise⁵¹⁴². En conclusion, l'acte coercitif doit préserver l'égalité entre les justiciables, leur dignité, leur santé et intégrité physique. Malgré ses variations d'intensité, il ne doit jamais attenter à ces principes fondamentaux, qui tendent à le contenir. Ses variations de durée subissent un sort identique, dans la mesure où elles s'avèrent aussi transcendées par de grands principes.

§2 – Le dépassement des variations de durée de l'acte coercitif

1055. Un aperçu rapide de la catégorie des actes coercitifs suffit à constater qu'ils ne possèdent pas tous la même durée. Si ces actes varient beaucoup sous cet angle, certains principes permettent de transcender de telles variations. Voilà pourquoi leur dépassement est peut-être contrarié (A), mais demeure effectif (B).

A – Un dépassement contrarié

1056. Dépasser les variations de durée de l'acte coercitif paraît peu aisé. Deux raisons principales l'expliquent : sa durée demeure diverse (1°). Elle s'avère de surcroît extrêmement complexe (2°).

⁵¹³⁸ Ce texte vise l'âge et l'état de santé mais les raisons humanitaires sérieuses peuvent être autres (traitements inhumains, mise en danger de la vie de la personne recherchée, risque d'atteinte à la vie privée et familiale...). Sur ce point, D. ROETS, Des raisons humanitaires sérieuses justifiant un sursis temporaire à l'exécution de la remise d'une personne objet d'un mandat d'arrêt européen. A propos de l'article 695-38 du Code de procédure pénale, Dr. pénal, 2010, Etude n°15, spéc. n°10 à 16. V. Cass. crim., 25 nov. 2009, Procédures, 2010, comm. n°153, obs. J. BUISSON, où la prise en considération de la situation d'une personne autre que celle recherchée semble admise (nécessité d'assister au quotidien un fils gravement handicapé). Les juges du fond doivent s'assurer du caractère sérieux des raisons humanitaires alléguées.

⁵¹³⁹ D. ROETS, *op. cit.*, n°9, ajoutant (n°8) que « le cas de la personne souffrant d'une grave maladie chronique fait problème dès lors qu'il est peu probable qu'elle recouvre la santé ».

⁵¹⁴⁰ Il faut que la chambre de l'instruction vérifie la compatibilité de l'état de santé de l'individu avec sa remise, en prévoyant les rigueurs de la procédure à venir (Cass. crim., 29 nov. 2006, Bull. crim., n°303, pour un mandat d'arrêt européen aux fins de jugement) ou la durée ou les conditions de la détention à subir (Cass. crim., 11 sept. 2007, Inédit, n°07-85147, pour un mandat d'arrêt européen aux fins d'exécution).

⁵¹⁴¹ D. ROETS, *op. cit.*, n°8.

⁵¹⁴² Cass. crim., 28 nov. 2006, Bull. crim., n°297. Rapp., l'évolution possible en matière de détention provisoire, le juge des libertés et de la détention pouvant, au cours d'une même information, délivrer un nouveau titre de détention à raison des mêmes faits, lorsque des circonstances nouvelles le justifient : Cass. crim., 30 avril 2002, Bull. crim., n°92.

1°- La durée diverse de l'acte coercitif

1057. Le législateur a parfois fixé l'intervalle de temps pendant lequel les autorités répressives peuvent faire un large usage de la contrainte⁵¹⁴³. Le temps est alors utilisé « pour modérer les atteintes aux libertés individuelles inévitablement engendrées au cours de l'investigation pénale »⁵¹⁴⁴. Cette coercition s'exerce principalement dans deux cadres juridiques distincts : l'enquête sur infraction flagrante et l'information. Menée sous le contrôle du procureur de la République suite à la constatation d'un crime ou d'un délit flagrant, la première peut se poursuivre sans discontinuer pendant huit jours d'après les termes de l'article 53, alinéa 2, du C.P.P.⁵¹⁴⁵. Sa prolongation est susceptible d'être décidée par ce magistrat pour une durée maximale de huit jours à certaines conditions⁵¹⁴⁶. C'est dire que les actes coercitifs peuvent être exécutés dans ce cadre procédural pendant seize jours au plus. Au-delà de ce délai, les actes accomplis sont frappés de nullités d'ordre public⁵¹⁴⁷. Les actes de recherche ne peuvent alors être effectués que selon les règles de l'enquête préliminaire⁵¹⁴⁸. L'instruction préparatoire est, quant à elle, susceptible de durer plusieurs mois, voire des années lorsque les faits se révèlent très complexes. Durant celle-ci, le juge d'instruction, aidé par les O.P.J. agissant sur commission rogatoire, procède à des actes attentatoires aux libertés individuelles s'ils sont jugés utiles à la manifestation de la vérité⁵¹⁴⁹. Il n'est indiqué nulle part que passé un certain temps, il ne lui sera plus possible d'exécuter de tels actes. Tant que l'information n'est pas terminée, le juge conserve cette faculté. En cela, ce cadre juridique s'oppose à l'enquête sur infraction flagrante, fondée sur l'urgence et limitée à huit ou seize jours pour diligenter des actes coercitifs.

1058. En feuilletant le Code de procédure pénale, chacun perçoit la grande diversité de ces actes ainsi que leur durée, déterminée ou plus ou moins déterminable. Tous n'ont pas, de façon intrinsèque, la même durée. En pratique, certains s'exécutent en un trait de temps ou presque. Tel est le cas du contrôle d'identité, de la fouille corporelle, de l'arrestation, du prélèvement ADN... Pour reprendre une classification des infractions, il s'agirait en quelque sorte d'actes coercitifs « instantanés ». D'autres astreignent la personne poursuivie à des obligations qui nécessitent une réitération. Le contrôle judiciaire impose, par exemple, d'informer le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la

⁵¹⁴³ Cette question ne doit pas être confondue avec celle du moment auquel l'acte coercitif peut avoir lieu, par exemple la nuit (visites et perquisitions nocturnes...).

⁵¹⁴⁴ C. ETRILLARD, *Le temps (...)*, *op. cit.*, n°244, p. 192.

⁵¹⁴⁵ Pour un rappel : Cass. crim., 12 mai 2009, Bull. crim., n°90, préc.

⁵¹⁴⁶ Art. 53, al. 3 du C.P.P., qui requiert « des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité pour un crime ou un délit puni d'une peine supérieure ou égale à cinq ans d'emprisonnement » qui ne peuvent être « différées ».

⁵¹⁴⁷ V. G. CLEMENT, *Regards sur les nullités (...)*, *op. cit.*, p. 111.

⁵¹⁴⁸ V. Cass. crim., 18 déc. 2013, Bull. crim., n°264 ; D., 2014, p. 146, obs. B. BOULOC ; A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 189, obs. H. VLAMYNCK ; Dr. pénal, 2014, comm. n°31 (2^{ème} arrêt), note A. MARON et M. HAAS ; Rev. sc. crim., 2014, p. 136, obs. J. DANET ; D., 2014, pan., p. 1743, obs. J. PRADEL. La cassation est prononcée au visa de l'article 53, alinéa 2 et 3 du C.P.P., pour des réquisitions adressées par les policiers portant sur les mêmes infractions et véhicule, objet de l'enquête initiale. A peine de nullité, ces réquisitions doivent être autorisées par le parquet en enquête préliminaire, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce. Même en enquête sur infraction flagrante, elles ne constituent pas, selon nous, des actes coercitifs.

⁵¹⁴⁹ Art. 81, al. 1 du C.P.P.

détention de tout déplacement au-delà de limites déterminées⁵¹⁵⁰, de se présenter périodiquement aux services, associations habilitées ou autorités désignés par l'un ou l'autre de ces juges qui sont tenus d'observer la plus stricte discrétion sur les faits reprochés au mis en examen⁵¹⁵¹. La mesure peut également exiger de répondre aux convocations de toute autorité, toute association ou de toute personne qualifiée désignée et se soumettre, le cas échéant, aux mesures de contrôle portant sur ses activités professionnelles ou sur son assiduité à un enseignement, ainsi qu'aux mesures socio-éducatives destinées à favoriser son insertion sociale et à prévenir le renouvellement de l'infraction⁵¹⁵². Selon la classification empruntée, il s'agirait d'actes coercitifs « d'habitude ».

1059. Un troisième type d'actes coercitifs ressort du point de vue de la durée. Ce sont ceux qui présentent un certain délai ou s'étalent dans le temps. Il serait ici question d'actes coercitifs « continus ». Nombreux, ils forment une « catégorie » très dense. A titre d'illustration, l'article 56 du C.P.P. dispose *in fine* que « si elles sont susceptibles de fournir des renseignements sur les objets, documents et données informatiques saisis, les personnes présentes lors de la perquisition peuvent être retenues sur place par l'officier de police judiciaire le temps strictement nécessaire à l'accomplissement de ces opérations »⁵¹⁵³. La vérification d'identité suppose que la personne ne soit retenue que pendant le temps strictement nécessaire exigé par l'établissement de son identité. La rétention ne peut, en tout cas, « excéder quatre heures, ou huit heures à Mayotte, à compter du contrôle effectué en application de l'article 78-2 (C.P.P.) et le procureur de la République peut y mettre fin à tout moment »⁵¹⁵⁴. La garde à vue⁵¹⁵⁵, l'assignation à résidence avec surveillance électronique, l'incarcération provisoire⁵¹⁵⁶, la détention provisoire, la sonorisation et fixation d'images de certains lieux ou véhicules⁵¹⁵⁷ disposent encore de durées précises fixées par la loi⁵¹⁵⁸.

⁵¹⁵⁰ Art. 138, al. 2, 4° du C.P.P.

⁵¹⁵¹ Art. 138, al. 2, 5° du C.P.P.

⁵¹⁵² Art. 138, al. 2, 6° du C.P.P.

⁵¹⁵³ Ces dispositions sont aussi applicables pour les opérations menées en enquête préliminaire et au cours d'une information judiciaire, par renvoi des articles 76 et 96 du C.P.P.

⁵¹⁵⁴ Art. 78-3, al. 3 du C.P.P.

⁵¹⁵⁵ La mesure varie en durée selon l'infraction sur laquelle porte l'enquête ou l'information et le cadre juridique de la procédure. Elle peut être allongée s'il s'agit d'une enquête de criminalité organisée et surtout relative à des faits de terrorisme. Et la jurisprudence considère que l'application des dispositions de l'article 706-88 du C.P.P. peut être décidée, en cours de garde à vue, en fonction de l'évolution d'une enquête ou d'une instruction sur l'une des infractions mentionnées à l'article 706-73 : V. Cass. crim., 11 fév. 2014, Bull. crim., n°38 ; A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 369, obs. G. ROYER.

⁵¹⁵⁶ Art. 145, al. 8 et 9 du C.P.P. L'incarcération du mis en examen ne doit pas excéder quatre jours ouvrables, à l'exclusion des samedis, dimanches et jours fériés et chômés : Cass. crim., 4 avril 1996, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°121, note J. BUISSON. Conformément aux dispositions de l'article 145, al. 9 du C.P.P., il a en outre été jugé que les prescriptions de l'article 145-5 de ce Code, selon lesquelles le placement en détention provisoire d'une personne invoquant le fait qu'elle exerce à titre exclusif l'autorité parentale sur un mineur de 16 ans demeurant chez elle implique une enquête sociale destinée à éviter toute mise en danger de ce mineur, n'interdisent pas une incarcération provisoire pour une durée de quatre jours ouvrables : Cass. crim., 24 fév. 2010, Procédures, 2010, comm. n°202, obs. J. BUISSON.

⁵¹⁵⁷ Art. 706-98 du C.P.P. La décision est prise pour une durée maximale de quatre mois, renouvelable dans les mêmes conditions de forme et de durée.

⁵¹⁵⁸ V. pour le contrôle judiciaire, Cass. crim., 27 mars 2008, Bull. crim., n°81 ; A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 289, obs. M.-E. C., rappelant que la chambre de l'instruction ne peut maintenir cet acte auquel avait mis fin l'ordonnance de non-lieu précédente. Cette juridiction ne pouvait qu'ordonner un nouveau contrôle judiciaire, en se fondant sur l'article 213 du C.P.P.

1060. S'agissant du défèrement⁵¹⁵⁹, qui intervient à l'expiration du délai de garde à vue et s'accompagne d'une rétention limitée à vingt heures dans les locaux du tribunal de grande instance (le « petit dépôt ») lorsque la comparution devant un magistrat s'avère impossible le jour même, le Conseil constitutionnel l'a jugé conforme à la Constitution⁵¹⁶⁰. Cette privation de liberté, au-delà du temps de la garde à vue, n'est pas, par elle-même, contraire à la norme constitutionnelle. A l'appui de sa solution, le Conseil souligne que la rétention n'est permise que lorsque la comparution se révèle impossible le jour même. Elle reste limitée à des cas de nécessité découlant de contraintes matérielles, notamment l'heure à laquelle la garde à vue prend fin ou le nombre des personnes déférées⁵¹⁶¹. Sa durée demeure, de plus, strictement limitée à vingt heures à compter de la levée de la garde à vue. A défaut, l'intéressé bénéficie d'une remise en liberté immédiate. Elle s'avère prohibée si la garde à vue a duré plus de soixante-douze heures en application de l'article 706-88 du C.P.P. (et 706-88-1 depuis la loi du 14 avril 2011)⁵¹⁶². Et l'article 803-3 du C.P.P. prévoit des garanties pour la personne retenue.

1061. Le défèrement suite à un mandat de justice a été modifié après la condamnation prononcée dans l'arrêt *Moulin / France*⁵¹⁶³. Celui-ci a stigmatisé la présentation tardive à un juge d'une avocate gardée à vue loin du lieu d'émission du mandat. Réécrit par la loi du 14 avril 2011, l'article 127 du C.P.P. dispose désormais que si la personne recherchée en vertu d'un mandat d'amener est trouvée à plus de deux cents kilomètres du siège du juge d'instruction ayant émis le mandat, et qu'il est impossible de la présenter à ce magistrat dans les vingt-quatre heures suivant son appréhension, elle est conduite devant le juge des libertés et de la détention du lieu d'arrestation. Le mandat d'arrêt suit aussi ce régime⁵¹⁶⁴. Avant la réforme, la personne était conduite devant le procureur de la République dans cette situation. La Cour de cassation a justement renvoyé au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative à la procédure suivie en cas de transfèrement⁵¹⁶⁵. Ladite question portait sur la combinaison des articles 130, 130-1 et 133 du C.P.P. dont il résultait qu'une personne arrêtée en exécution d'un mandat d'arrêt, à l'instar de celle arrêtée en vertu d'un mandat d'amener, pouvait être privée de liberté pendant une durée de quatre jours avant d'être traduite devant un juge. Elle a été jugée sérieuse, car portant sur la conformité de ces dispositions au principe constitutionnel de la protection de la liberté individuelle.

⁵¹⁵⁹ Art. 803-2 et 803-3 du C.P.P.

⁵¹⁶⁰ C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, n°2010-80, préc.

⁵¹⁶¹ Cons. 6 de la décision n°2010-80.

⁵¹⁶² Cons. 7 de la décision n°2010-80.

⁵¹⁶³ CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin / France*, n°37104/06, préc., §60, pour une présentation aux juges d'instruction plus de cinq jours après l'arrestation et le placement en garde à vue de la requérante (violation de l'article 5 §3).

⁵¹⁶⁴ Art. 133 et 135-2 du C.P.P. ; A.-S. CHAVENT-LECLERE, La garde à vue est morte (...), *op. cit.*, spéc. n°32, ajoutant que « le législateur profite de l'occasion pour "alléger" le rôle du parquet et aligner le régime des défètements concernant tous les mandats sur cette disposition (article 127 du C.P.P.). Ainsi en est-il du mandat d'arrêt, des demandes d'arrestation auprès de la Cour pénale internationale, du mandat d'arrêt européen et des demandes d'extradition ».

⁵¹⁶⁵ Cass. crim., 29 mars 2011, Bull. crim., n°62 ; Rev. sc. crim., 2011, p. 417, obs. J. DANET.

1062. A l'exception d'une réserve d'interprétation formulée sur un autre point, les juges de la rue Montpensier ont considéré conforme à la Constitution la privation de liberté de quatre ou six jours⁵¹⁶⁶ ainsi organisée en raison de l'impossibilité de présenter immédiatement la personne arrêtée au juge ayant ordonné son arrestation⁵¹⁶⁷. Se prononçant sur la conformité des dispositions contestées dans leur rédaction antérieure à la loi du 14 avril 2011, ceux-ci les ont encore estimées constitutionnelles, jugeant que l'arrestation était placée sous le contrôle du juge d'instruction, lequel était informé sans délai de celle-ci par le procureur de la République du lieu d'arrestation⁵¹⁶⁸. Comme le mandat d'amener ou d'arrêt se trouvait exécuté sous son contrôle, ce juge pouvait ordonner à tout moment la remise en liberté de l'individu⁵¹⁶⁹. Malgré cette argumentation, peu convaincante au fond, la réforme opérée par la loi du 14 avril 2011 doit être accueillie de façon favorable. Magistrat du siège, indépendant et impartial, le juge des libertés et de la détention se substitue au procureur de la République du lieu d'arrestation de la personne. Cette garantie nouvelle permet d'assurer la conventionnalité des dispositions relatives au transfèrement⁵¹⁷⁰. Si la durée des actes coercitifs varie fortement de l'un à l'autre, à cette diversité s'ajoute une importante complexité.

2°- La durée complexe de l'acte coercitif

1063. Le calcul de la durée d'un acte coercitif, la détermination précise de son point de départ et de son achèvement, s'avèrent délicats⁵¹⁷¹. Les solutions claires se révèlent donc appréciables. A titre d'exemple, le point de départ de la détention provisoire, au sens de l'article 145-2 du C.P.P., d'une personne remise en vertu d'un mandat d'arrêt européen est sa date d'écrou en France⁵¹⁷². Celui des interceptions des communications téléphoniques ordonnées par le juge d'instruction se voit fixé au jour de la mise en place effective du dispositif d'écoute⁵¹⁷³. La difficulté s'accroît d'autant plus que les

⁵¹⁶⁶ Six jours en cas de transfèrement d'un département d'outre-mer vers un autre département ou de la France métropolitaine vers un département d'outre-mer.

⁵¹⁶⁷ C.C., Q.P.C., 24 juin 2011, n°2011-133, préc., cons. 11. La privation de liberté est rendue « nécessaire pour garantir la présentation de la personne arrêtée devant le juge » et « sa durée est strictement encadrée et proportionnée au but poursuivi ».

⁵¹⁶⁸ C.C., Q.P.C., 24 juin 2011, n°2011-133, préc., cons. 12.

⁵¹⁶⁹ Selon le Conseil, la privation de liberté nécessaire à l'exécution du mandat exige l'intervention d'un magistrat du siège.

⁵¹⁷⁰ En ce sens aussi : J. DANET, obs. sur Cass. crim., 29 mars 2011, Rev. sc. crim., 2011, p. 417, spéc. p. 419.

⁵¹⁷¹ Il suffit de songer à la jurisprudence qui, pour le calcul du délai de garde à vue, a décidé de faire rétroagir la mesure dans l'intérêt de la personne. Ce délai a été calculé, non à compter de son placement effectif sous cette mesure, mais de son arrivée dans les services de police ou du début de la perquisition à son domicile à laquelle elle a assisté : V. Cass. crim., 13 nov. 1996 (2 espèces), Bull. crim., n°401 ; Cass. crim., 16 fév. 2000, Dr. pénal, 2000, comm. n°50 (2^{ème} arrêt), note A. MARON ; Cass. crim., 12 juin 2013, Bull. crim., n°139, préc. Dans sa rédaction issue de la loi du 14 avril 2011, l'article 63, III, al. 1 du C.P.P. précise que l'heure du début de la garde à vue remonte au moment de l'appréhension de la personne. La loi n°2014-535 modifie la rédaction de ces dispositions pour les compléter : « Si, avant d'être placée en garde à vue, la personne a été appréhendée ou a fait l'objet de toute autre mesure de contrainte pour ces mêmes faits, l'heure du début de la garde à vue est fixée (...) à l'heure à partir de laquelle la personne a été privée de liberté. Si la personne n'a pas fait l'objet d'une mesure de contrainte préalable, mais que son placement en garde à vue est effectué dans le prolongement immédiat d'une audition, cette heure est fixée à celle du début de l'audition ». V. encore, pour le délai de comparution devant la chambre de l'instruction dans le cadre du mandat d'arrêt européen et la règle des jours ouvrables au sens de l'article 801 du C.P.P. : Cass. crim., 25 juin 2013, Bull. crim., n°157.

⁵¹⁷² Cass. crim., 31 mai 2011, Bull. crim., n°112.

⁵¹⁷³ Cass. crim., 10 mai 2012, Bull. crim., n°116.

actes coercitifs se combinent souvent⁵¹⁷⁴ ou se succèdent rapidement. Tel est le cas de la rétention des personnes dont la présence est utile aux opérations de perquisition⁵¹⁷⁵, ou de contrôles d'identité superposés à des visites domiciliaires ou à des fouilles⁵¹⁷⁶. Leur enchaînement permet surtout de maintenir la privation de liberté d'une personne mise en cause, depuis sa première audition par les enquêteurs jusqu'à sa comparution devant la juridiction de jugement : elle peut être interpellée, gardée à vue, déférée puis placée en détention provisoire. Il permet aussi aux enquêteurs d'agir vite, une mesure de garde à vue s'avère concevable à l'issue d'une perquisition⁵¹⁷⁷. Un dernier exemple consiste en la délivrance d'un mandat d'arrêt contre le prévenu lors du règlement de l'information. Le juge d'instruction souhaite que l'intéressé fasse encore l'objet de recherches après l'ordonnance de renvoi ou de mise en accusation, le mandat de recherche décerné au cours de l'enquête ou de l'information devenant caduc par l'effet du règlement⁵¹⁷⁸. Dans toutes ces hypothèses, il y a bien succession d'actes coercitifs.

1064. Afin d'évaluer précisément la durée de l'atteinte portée aux libertés individuelles, il semble indispensable de savoir si les mesures administratives ou de police s'imputent, ou à l'inverse, se cumulent avec un acte coercitif accompli en général postérieurement. La question se pose du cumul éventuel de la garde à vue avec ces différentes sortes de rétentions. Sauf texte contraire exprès, celles-ci ne s'imputent pas sur la durée de garde à vue jusqu'à peu. L'indépendance des deux types de mesures est établie. Le temps passé à effectuer des vérifications de l'état alcoolique⁵¹⁷⁹ n'a pas d'incidence sur celui de la garde à vue postérieure, il n'est pas décompté⁵¹⁸⁰. Cette situation devait évoluer eu égard à la réserve d'interprétation émise par le juge constitutionnel à propos du dégrisement ou rétention en chambre de sûreté, qui connaissait le même régime⁵¹⁸¹. Dans sa décision du 8 juin 2012⁵¹⁸², le Conseil a considéré que « lorsque la personne est placée en garde à vue après avoir fait l'objet d'une mesure de privation de liberté en application du premier alinéa de l'article L. 3341-1 du Code de la santé publique, la protection constitutionnelle de la liberté individuelle par l'autorité

⁵¹⁷⁴ Parfois, il y a même concours entre plusieurs actes coercitifs : V. CE, 2^{ème} et 7^{ème} sous-sect., 19 janv. 2009, n°312583 ; Dr. pénal, 2010, comm. n°54, note A. MARON et M. HAAS, pour un concours entre deux mandats d'arrêt européens et une demande d'extradition à l'encontre d'une personne (art. 695-42 du C.P.P.).

⁵¹⁷⁵ Art. 56, dernier alinéa du C.P.P., 76 et 96 du C.P.P. (par renvoi).

⁵¹⁷⁶ V. par ex., art. 78-2-1 et 78-2-2 du C.P.P.

⁵¹⁷⁷ V. Cass. crim., 19 janv. 2000, Dr. pénal, 2000, comm. n°81, note A. MARON ; Cass. crim., 11 oct. 2000, Dr. pénal, 2001, comm. n°13 (2^{ème} arrêt), note A. MARON ; Cass. crim., 6 déc. 2000, Procédures, 2001, comm. n°96, note J. BUISSON ; Cass. crim., 12 juin 2013, Bull. crim., n°139, préc. La motivation des arrêts rendus en 2000 se révèle contestable. Dans chacune de ces espèces, le placement effectif en garde à vue est intervenu « à l'issue d'opérations effectuées sans contrainte » ou « sans coercition » d'après la chambre criminelle. Or, il s'agissait de perquisitions menées dans le cadre d'une information judiciaire. Ces perquisitions possédaient donc un caractère coercitif, le consentement de l'intéressé étant indifférent dans ce cadre juridique. En réalité, cette motivation était adaptée au cadre de l'enquête préliminaire : V. Cass. crim., 14 oct. 1998, Dr. pénal, 1999, comm. n°30 (2^{ème} arrêt), note A. MARON.

⁵¹⁷⁸ Art. 179, al. 2 et 181, al. 7 du C.P.P.

⁵¹⁷⁹ Cass. crim., 21 juin 2006, Bull. crim., n°192 ; Cass. crim., 11 déc. 2007, Inédit, n°06-87931 (sol. implicite).

⁵¹⁸⁰ V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2010, chron. préc., not. n°5 et le renvoi opéré.

⁵¹⁸¹ Art. L. 3341-1 et L. 3342-2 du C.S.P., tels que modifiés par la loi du 14 avril 2011. La jurisprudence a posé le principe de l'indépendance des deux mesures : Cass. crim., 9 sept. 1998, Bull. crim., n°229 ; Dr. pénal, 1999, comm. n°16, note A. MARON.

⁵¹⁸² C.C., Q.P.C., 8 juin 2012, n°2012-253, préc., cons. 9.

judiciaire exige que la durée du placement en chambre de sûreté, qui doit être consignée dans tous les cas par les agents de la police ou de la gendarmerie nationales, soit prise en compte dans la durée de la garde à vue »⁵¹⁸³. Avant cette décision, il semble que la déduction du temps passé en chambre de sûreté sur la durée de la garde à vue consécutive était déjà retenue en pratique par les services enquêteurs, qui utilisaient la solution du placement en garde à vue avec notification différée des droits, toujours valable⁵¹⁸⁴. La loi n°2014-535 a consacré cette solution à l'article 63-3 du C.P.P.

1065. En ce qui concerne le placement en chambre de sûreté, la Cour de cassation le qualifie de « mesure de police administrative », dont les litiges survenant à l'occasion de son exécution, relèvent « de la seule compétence des juridictions de l'ordre administratif »⁵¹⁸⁵. Poursuivi pour contravention d'ivresse publique et manifeste, le prévenu ne saurait dès lors se faire un grief du rejet par la juridiction de proximité de l'exception de nullité prise de la durée, excessive selon lui, de sa rétention en dégrisement. Seul le juge administratif apparaît compétent pour se prononcer sur ce point⁵¹⁸⁶. Par ailleurs, la jurisprudence, confortée par la loi⁵¹⁸⁷, applique le principe selon lequel « après une contrainte, plus de contrainte »⁵¹⁸⁸ : la personne qui recouvre la raison après dégrisement n'a pas nécessairement à être placée en garde à vue lors de son audition consécutive par les enquêteurs⁵¹⁸⁹. Il a enfin été jugé qu'une prise en charge médicale momentanée dans une infirmerie psychiatrique n'interrompt pas la garde à vue en cours. Aucune imputation sur sa durée ne doit donc être réalisée⁵¹⁹⁰.

1066. D'autres mesures se cumulent avec la garde à vue, elles n'autorisent pas le justiciable à soustraire à celle-ci le temps de privation de liberté déjà écoulé au titre de celles-là. C'est le cas de la

⁵¹⁸³ Il faut bien comprendre que le placement en cellule de dégrisement est une mesure de police (une privation de liberté au sens européen), consistant à retenir dans une cellule appelée « chambre de sûreté », une personne en état d'ivresse jusqu'à ce qu'elle ait recouvré la raison. Il reste différent du placement en garde à vue, mesure de police judiciaire décidée dans le cadre d'une enquête à l'encontre d'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction. La commission nationale de déontologie de la sécurité a précisément souligné la différence de ces procédures en 2007. A ce sujet, H. VLAMYNCK, La garde à vue de la personne (...), *op. cit.*, p. 122. V. aussi, T.-S. RENOUX, X. MAGNON, obs. sur C.C., Q.P.C., 8 juin 2012, n°2012-253, R.P.D.P., 2012, p. 711 et 712.

⁵¹⁸⁴ V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, *Dr. pénal*, 2012, chron. préc., spéc. n°3, faisant observer que « cette imputation ne s'applique pas en cas d'audition libre consécutive à la rétention (toujours possible aux termes de l'article L. 3341-2 du Code de la santé publique issu de la loi du 14 avril 2011) ni en cas de garde à vue non immédiatement consécutive à la rétention ».

⁵¹⁸⁵ Cass. crim., 8 janv. 2013, *Bull. crim.*, n°8.

⁵¹⁸⁶ *Ibid.* La cassation est prononcée sur un autre moyen, au visa de l'article préliminaire du C.P.P. Il y a eu méconnaissance des droits de la défense par la juridiction de proximité qui, dans la même poursuite, a refusé de faire droit à la demande du prévenu tendant à ce que soit versé aux débats le certificat médical établi préalablement à son placement en chambre de dégrisement et dont cette juridiction avait constaté l'existence.

⁵¹⁸⁷ Art. L. 3341-2 du C.S.P., la personne ne devant pas être tenue « sous la contrainte de demeurer à la disposition des enquêteurs » et être « informée qu'elle peut à tout moment quitter les locaux de police ou de gendarmerie ». L'exigence d'information qu'elle reste libre de partir doit être expresse.

⁵¹⁸⁸ C. GUERY, L'avenir du suspect, *op. cit.*, p. 235.

⁵¹⁸⁹ Cass. crim., 9 sept. 1998, préc. ; Cass. crim., 11 janv. 2001, *Dr. pénal*, 2001, comm. n°107, note (critique) A. MARON ; Cass. crim., 26 nov. 2003, *Dr. pénal*, 2004, comm. n°57 (1^{er} arrêt), note (critique) A. MARON ; Cass. crim., 26 oct. 2005, *Dr. pénal*, 2006, comm. n°62, note A. MARON. Cette jurisprudence part du principe que l'individu n'a pas besoin de faire l'objet d'un acte coercitif, en l'occurrence une garde à vue, s'il décide de « collaborer volontairement ». Contestable, elle permet d'éviter les protections légales instituées en faveur des personnes gardées à vue. Rapp., Cass. crim., 15 sept. 2004, *Dr. pénal*, 2004, comm. n°185 (4^{ème} arrêt), note A. MARON.

⁵¹⁹⁰ Cass. crim., 27 mai 1997, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°212, note J. BUISSON.

rétenction judiciaire de vingt-quatre heures, prévue à l'article 716-5 du C.P.P., en vue d'assurer l'exécution d'une peine d'emprisonnement ou de réclusion⁵¹⁹¹. La rétenction judiciaire en exécution d'un mandat d'arrêt européen suit le même régime. Bien que l'article 695-27 du C.P.P. impose de notifier et de faire bénéficier la personne appréhendée des droits énoncés aux articles 63-1 à 63-7 du C.P.P.⁵¹⁹², la mesure, qui doit durer quarante-huit heures au maximum, ne s'analyse pas en une garde à vue⁵¹⁹³. De nature distincte et n'ayant pas le même objet, les deux mesures peuvent alors se cumuler pour une durée totale excédant quarante-huit heures⁵¹⁹⁴. La Cour de cassation a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité à propos de cet article 625-27, ainsi formulée : ce texte est-il contraire à la Constitution au regard de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et du principe du respect des droits de la défense, en ce qu'il prévoit une rétenction d'une durée de quarante-huit heures de la personne recherchée, déjà placée en garde à vue pour une autre cause, avant sa conduite devant le procureur général⁵¹⁹⁵ ? Selon la chambre criminelle, cette question tend à contester en réalité, non la constitutionnalité de la disposition qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en ont donnée les juridictions judiciaires, s'agissant du cumul de la durée de la garde à vue dans une procédure de droit commun et de celle de la rétenction subséquente au titre de la mise à exécution d'un mandat d'arrêt européen. Ce cumul semble toujours admis, malgré la généralité des termes employés à l'article 63-3 du C.P.P. dans sa rédaction issue de la loi du 27 mai 2014, la rétenction étant, dans ce cas, postérieure à la garde à vue.

1067. La durée de certaines mesures de rétenction administrative et d'actes coercitifs en procédure pénale s'impute cependant sur celle de la garde à vue. Tout cumul de durée s'avère écarté dans plusieurs hypothèses, envisagées par des textes spécifiques. En vertu de l'article 323-2 du Code des douanes⁵¹⁹⁶, la retenue douanière ne saurait excéder vingt-quatre heures. Elle peut être prolongée une fois pour la même période, sur autorisation écrite et motivée du procureur de la République, si les nécessités de l'enquête douanière le justifient. Dans son second alinéa, l'article 323-9 de ce Code précise que « 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 ». Ces dispositions s'accordent parfaitement avec celles de l'article 63-3 du C.P.P. dont la formulation générale comprend la retenue douanière⁵¹⁹⁷. Malgré l'imputation de la durée légalement prévue, il a toutefois été jugé, à propos du droit à l'entretien avec un avocat, que les délais prévus par l'article 63-4 du Code de procédure pénale ne courent qu'à compter du placement en garde à vue, notifié par un officier de police judiciaire, dans un

⁵¹⁹¹ Cass. crim., 23 juill. 2008, Inédit, n°08-81832.

⁵¹⁹² Toutefois, la notification tardive des droits et l'omission de la notification de certains d'entre-eux s'avèrent inopérants, puisque la validité de la procédure d'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne peut être affectée par l'éventuelle annulation des procès-verbaux établis au cours de la rétenction judiciaire de l'intéressé : Cass. crim., 23 sept. 2014, n°14-86162, E.C.P.B. Cette solution apparaît très contestable : la violation des prescriptions légales restent finalement sans conséquences.

⁵¹⁹³ Cass. crim., 1^{er} mars 2006, Bull. crim., n°62, préc. ; Cass. crim., 13 avril 2010, Bull. crim., n°68, préc.

⁵¹⁹⁴ Cass. crim., 13 avril 2010, préc. Rapp., sur la garde à vue et la procédure d'exécution d'un mandat d'amener, Cass. crim., 11 mai 2006, A.J. pénal, 2006, jurispr., p. 372, obs. P. R.

⁵¹⁹⁵ Cass. crim., Q.P.C., 11 juin 2010, Inédit, n°10-81810 ; J.C.P., 2010, chron., 931, n°23, obs. A. MARON.

⁵¹⁹⁶ Créé par la loi n°2011-392 du 14 avril 2011, préc.

⁵¹⁹⁷ V. également, V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2014, chron. préc., spéc. n°5.

local de police ou de gendarmerie⁵¹⁹⁸. La loi du 14 avril 2011 a heureusement modifié le régime de la retenue douanière en accordant à l'intéressé l'assistance d'un avocat dans les mêmes conditions qu'en matière de garde à vue⁵¹⁹⁹. Ceci met fin à d'éventuelles situations assez iniques⁵²⁰⁰.

1068. Plusieurs privations de liberté, réglementées par le Code de procédure pénale, s'imputent également sur la durée de la garde à vue consécutive. Cette règle offre l'avantage de limiter la durée maximale de détention des justiciables. L'article 78-4 du C.P.P. le prévoit expressément pour la vérification d'identité. Mais, c'est un truisme, l'imputation n'a de sens que si la garde à vue fait suite à la vérification d'identité⁵²⁰¹. Or, la chambre criminelle a retenu une solution identique à celle du dégrèvement. La procédure de vérification d'identité interrompue ou achevée, l'individu peut être entendu sur l'infraction relevée et dont il est soupçonné, sans être placé en garde à vue⁵²⁰². De plus, la durée de rétention d'une personne dont la présence est utile au cours d'une perquisition peut tout à fait être imputée sur celle de la garde à vue subséquente⁵²⁰³. C'est cette solution que la loi n°2014-535 du 27 mai 2014 a consacrée. L'article 63-3 du C.P.P. énonce désormais que si, avant son placement en garde à vue, « la personne a été appréhendée ou a fait l'objet de toute autre mesure de contrainte pour ces mêmes faits, l'heure du début de la garde à vue est fixée (...) à l'heure à partir de laquelle la personne a été privée de liberté ». Quant à l'article 145 du C.P.P., il dispose, en son dernier alinéa, que le temps passé en incarcération provisoire s'impute sur la durée de la détention provisoire pour l'application des articles 145-1 et 145-2. Cet acte coercitif est assimilé à une détention provisoire au sens des articles 149 et 716-4 du C.P.P.⁵²⁰⁴.

1069. Dans le souci de limiter la durée de la coercition exercée vis-à-vis des justiciables, des règles ont encore été établies lorsque deux ou plusieurs actes coercitifs identiques sont exécutés à l'égard de la même personne. Peut-elle subir deux mesures de garde à vue successives dont la durée totale dépasse le maximum légal, soit quarante-huit heures en droit commun ? La Cour de cassation a

⁵¹⁹⁸ Cass. crim., 25 avril 2001, Dr. pénal, 2001, comm. n°108, note A. MARON ; Procédures, 2001, comm. n°159, note J. BUISSON.

⁵¹⁹⁹ Art. 323-5 du C. douanes.

⁵²⁰⁰ Pour des exemples montrant que le droit du suspect à l'assistance d'un avocat pouvait subir un retard, voire être tout simplement exclu avant la loi du 14 avril 2011, S. DETRAZ, *op. et loc. cit.* En outre, le suspect doit être immédiatement informé par un agent des douanes de son placement en retenue, de la durée de la mesure et de la prolongation dont elle peut faire l'objet (art. 323-6, 1° du C. douanes).

⁵²⁰¹ La vérification d'identité s'impose parfois à l'occasion d'une garde à vue : V. CA Paris, 14 juin 1996, Dr. pénal, 1998, comm. n°139, note A. MARON. Selon cet auteur, la vérification d'identité n'est alors « qu'une mesure accessoire et perd, en quelque sorte son... identité ». Le régime applicable, s'il y a divergence, serait celui de la garde à vue (*Adde*, A. MARON, note sous Cass. crim., 9 sept. 1998, Dr. pénal, 1999, comm. n°16).

⁵²⁰² Cass. crim., 16 déc. 2003, Dr. pénal, 2004, comm. n°57 (2^{ème} arrêt), note A. MARON.

⁵²⁰³ Cass. crim., 19 mai 2004, Inédit, n°03-82073 ; Cass. crim., 12 juin 2013, Bull. crim., n°139, préc. : « (...) l'officier de police judiciaire qui a (...) valablement fixé, dans l'intérêt du demandeur, le point de départ de la mesure de garde à vue à l'heure où celui-ci, au début de la perquisition, a été initialement maintenu à sa disposition en application de l'article 56 du code précité ».

⁵²⁰⁴ Ces textes concernent respectivement la réparation des détentions provisoires injustifiées et l'imputation de la durée de détention provisoire subie sur la durée de la peine prononcée. V. Cass. crim., 14 fév. 2012, Bull. crim., n°47, jugeant que si la détention provisoire subie est intégralement déduite de la durée de la peine prononcée, cette déduction ne s'étend pas à la période pendant laquelle le détenu exécutait simultanément une peine d'emprisonnement résultant d'une autre condamnation.

répondu par la négative dans un arrêt de principe en 1996⁵²⁰⁵. Lorsque deux mesures, quel que soit le temps écoulé entre elles⁵²⁰⁶, portent sur les mêmes faits, elles se cumulent dans la limite de la durée maximale autorisée, peu importe qu'elles aient été opérées dans un cadre procédural distinct (en enquête préliminaire puis lors d'une information)⁵²⁰⁷. La seconde garde à vue constitue la poursuite de la première et doit être automatiquement annulée si elle excède ce délai. La loi du 14 avril 2011 a intégré cette solution à l'article 63, III, alinéa 2, du C.P.P. Selon ce texte, auquel la loi du 27 mai 2014 n'a apporté aucune modification, si une personne a déjà été placée en garde à vue pour les mêmes faits, la durée des précédentes périodes de garde à vue s'impute sur la durée de la mesure. Encore faut-il qu'il s'agisse de deux véritables gardes à vue. Il a été jugé que l'imputation ne s'applique pas si, à telle mesure, s'ajoute une simple audition sur les mêmes faits, effectuée sans contrainte, fût-elle postérieure à un premier placement en garde à vue⁵²⁰⁸. Cette solution n'est pas sans dangers : elle peut permettre de dépasser la durée maximale autorisée (quarante-huit heures) en multipliant les auditions libres après une garde à vue assez longue. Si l'article 63, III du C.P.P., tel que réécrit par la loi du 27 mai 2014 prévoit la possibilité de passer de l'audition libre à la garde à vue sans condition spécifique (lorsque la garde à vue forme « le prolongement immédiat d'une audition », donc libre ou de témoin), la durée de cette audition s'impute sur celle de la garde à vue⁵²⁰⁹. Mais il semble que l'imputation précitée ne puisse intervenir que si la garde à vue succède immédiatement à l'audition ou si les deux mesures sont exécutées à bref délai et pour les mêmes faits. Autrement dit, la durée d'une audition libre décidée pour des faits différents ou celle décalée dans le temps ne devrait pas s'imputer⁵²¹⁰.

1070. Des gardes à vue successives subies par un individu peuvent d'ailleurs se cumuler et dépasser la durée légale maximale, lorsque la seconde mesure est adoptée dans un temps différent et fait suite à la révélation de faits nouveaux distincts – et non d'indices nouveaux intéressant les mêmes faits – de ceux ayant motivé la première mesure. Aucune imputation de la durée du premier acte coercitif accompli ne doit avoir lieu⁵²¹¹. Toutefois, « si une personne peut être soumise, à l'occasion de faits distincts, à des mesures de garde à vue immédiatement successives et indépendantes l'une de l'autre, elle ne peut toutefois être retenue de manière continue à la disposition des officiers de police judiciaire

⁵²⁰⁵ Cass. crim., 13 fév. 1996, Bull. crim., n°74 ; Justices, 1997, n°5, p. 309, obs. (approbatives) D. REBUT : « Attendu (...) qu'une personne ne peut être retenue en garde à vue, à l'occasion des mêmes faits, pour une durée totale excédant 48 heures ; que le dépassement de ce délai, même si les mesures ont été successivement ordonnées en application de l'un et l'autre de ces textes, constitue par lui-même une atteinte aux intérêts de la personne concernée ».

⁵²⁰⁶ En l'occurrence, six ans dans cet arrêt du 13 février 1996.

⁵²⁰⁷ V. Cass. crim., 11 juill. 2007, Inédit, n°07-83007.

⁵²⁰⁸ Cass. crim., 31 oct. 2001, Bull. crim., n°226 ; Procédures, 2002, comm. n°37, note J. BUISSON. V. aussi, Cass. crim., 28 juin 2000, Bull. crim., n°251.

⁵²⁰⁹ V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2014, chron. préc., n°5, observant le caractère très incertain de cette notion de « prolongement immédiat ».

⁵²¹⁰ *Ibid.* Le législateur semble avoir écarté de telles imputations en mentionnant « ce prolongement immédiat ». Il faut espérer que la jurisprudence interprétera ces dispositions dans un sens favorable aux personnes soupçonnées.

⁵²¹¹ Cass. crim., 15 déc. 1999, Bull. crim., n°311 ; Dr. pénal, 2000, comm. n°50 (1^{er} arrêt), note A. MARON. Cet arrêt a fixé la jurisprudence, car les juges du fond avaient estimé le contraire auparavant (V. CA Paris, 14 juin 1996, préc.) ; Cass. crim., 2 sept. 2004, Bull. crim., n°196 ; A.J. pénal, 2004, jurisp., p. 409, obs. J. COSTE ; Procédures, 2004, comm. n°244, note J. BUISSON, approuvant les juges du fond, car il n'y avait pas d'affaire unique, mais deux procédures sur des faits distincts.

pendant une période totale excédant la durée maximale de garde à vue autorisée par la loi ; le dépassement de ce délai porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée »⁵²¹². Une distinction subsiste donc selon l'exécution continue, ou non, des actes coercitifs, afin d'apprécier la possibilité d'excéder la durée maximale permise de garde à vue par cumul de détentions pour des faits différents. C'est sans doute pour éviter le risque d'épuisement physique ou psychologique des justiciables assujettis à des gardes à vues très longues, génératrices de faux aveux, qu'est prohibé tout dépassement du délai légal lorsque les mesures s'enchaînent sans interruption⁵²¹³.

1071. Les solutions retenues en matière de garde à vue doivent être rapprochées de celles dégagées à propos de la détention provisoire. Il arrive qu'une personne soit mise en examen pour des faits différents dans deux informations judiciaires distinctes. Lorsqu'elle a été placée en détention provisoire au cours de chacune de ces instructions, faut-il cumuler ou non la durée des deux incarcérations en cas de jonction des dossiers ? Ce problème juridique a été tranché : « la durée de deux périodes de détention provisoire effectuée dans des procédures distinctes ayant donné lieu à jonction ne se cumule pas »⁵²¹⁴. Une dernière illustration du caractère complexe de la durée de l'acte coercitif peut être puisée dans le contentieux relatif aux effets du mandat de dépôt criminel initial, délivré par le juge des libertés et de la détention ou la chambre de l'instruction⁵²¹⁵. En cas d'appel d'une décision de condamnation rendue par une cour d'assises de première instance, un tel acte continuait à produire ses effets jusqu'à ce que la durée de la détention ait atteint celle de la peine prononcée, conformément à l'article 367, alinéa 2, du C.P.P.⁵²¹⁶. Depuis la réécriture de ce texte par la loi n°2011-525 du 17 mai 2011, c'est l'arrêt de la cour d'assises qui vaut titre de détention tant que l'arrêt n'est pas définitif et notamment durant l'instance d'appel, jusqu'à ce que la durée de détention ait atteint celle de la peine prononcée, sans préjudice pour l'accusé de demander sa mise en liberté sur le fondement des articles 148-1 et 148-2 du C.P.P. Si celui-ci est acquitté, la détention provisoire cesse de plein droit, même s'il est visé par un ordre d'incarcération émanant d'un mandat d'arrêt européen, justifié par des faits identiques à ceux pour lesquels il a été poursuivi en France⁵²¹⁷.

⁵²¹² Cass. crim., 17 mars 2004, Bull. crim., n°69 ; A.J. pénal, 2004, jurisp., p. 248, obs. J. COSTE ; Procédures, 2004, comm. n°136, note J. BUISSON. La cassation est prononcée, car les gardes à vue cumulées d'une personne ont duré 96 heures et 48 minutes pour des faits de faux et recel puis pour des infractions à la législation sur les stupéfiants.

⁵²¹³ V. en ce sens, J. PRADEL, note sous Cass. crim., 13 fév. 1996, Cass. crim., 17 mars 2004 et Cass. crim., 2 sept. 2004, *in* Les grands arrêts (...), *op. cit.*, n°26, p. 290, not. n°11, p. 296.

⁵²¹⁴ Cass. crim., 24 mai 2005, Bull. crim., n°153 ; A.J. pénal, 2005, jurisp., p. 373, obs. C. GIRAULT ; Dr. pénal, 2005, comm. n°135, note A. MARON (absence de violation de l'article 145-3 du C.P.P., applicable lorsque la durée de la détention provisoire excède un an en matière criminelle ou huit mois en matière délictuelle). Rapp., Cass. crim., 30 avril 2014, n°14-81201, E.C.P.B. ; D., 2014, p. 1155 ; A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 353, note C. GUERY (faits nouveaux, objet de réquisitions supplétives du chef d'escroquerie en bande organisée : non prise en compte de la première période de détention relative aux faits initialement poursuivis).

⁵²¹⁵ V. par ex., Cass. crim., 9 déc. 2008, Bull. crim., n°248 ; A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 84, obs. M.-E. C.

⁵²¹⁶ Cass. crim., 3 mai 2011, Bull. crim., n°87 ; V. GEORGET, Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2012, chron. préc., spéc. n°54, approuvant une chambre de l'instruction qui, pour rejeter une demande de mise en liberté, écarte le moyen tiré de l'absence de titre de détention au motif que la cour d'assises n'avait pas décerné mandat de dépôt.

⁵²¹⁷ Cass. crim., 23 mai 2012 ; Procédures, 2012, comm. n°255, note A.-S. CHAVENT-LECLERE (cassation).

1072. La diversité, comme la complexité de la durée de l'acte coercitif ressort des développements précédents. Les efforts fournis par le législateur et la jurisprudence afin d'encadrer au mieux ces délais méritent d'être soulignés. A l'instar de ses variations d'intensité, les variations de durée de l'acte coercitif peuvent, là encore, être transcendées. Ceci renforce son encadrement et participe, au bout du compte, à unifier son régime juridique.

B – Un dépassement effectif

1073. La catégorie des actes coercitifs renferme des actes qui possèdent une durée propre, extrêmement variable selon chacun d'eux. Dans ces conditions, il est possible d'y voir une atteinte sérieuse à l'unité de régime de l'acte coercitif, voire un obstacle rédhibitoire à cette unité. Or, il faut se garder de tirer une conclusion aussi hâtive. Ces dissemblances peuvent être dépassées. Quelle que soit sa durée, l'acte coercitif obéit à une exigence importante et produit un effet de droit systématique. S'il est tenu de conserver une durée raisonnable (1°), il interrompt toujours la prescription de l'action publique (2°).

1° - L'acte coercitif doit conserver une durée raisonnable

1074. Affirmer que l'acte coercitif doit observer un délai raisonnable fait aussitôt penser aux privations de liberté susceptibles d'affecter les justiciables, en particulier la détention provisoire⁵²¹⁸. Ces rétentions et détentions diverses avant jugement ne sont tolérables que si elles connaissent une limitation temporelle, autrement dit elles ne doivent pas pouvoir excéder une durée légale fixée à l'avance⁵²¹⁹. « Cette durée dépend bien sûr du poids plus ou moins important des charges qui pèsent sur la personne dont la liberté est mise à mal, mais elle varie également selon que la privation de liberté est décidée par une autorité policière ou par une autorité judiciaire »⁵²²⁰. Décidée par un policier ou un gendarme, la privation de liberté demeure, en principe, de courte durée. Elle atteint quelques heures, quelques jours tout au plus. Elle peut en revanche s'avérer nettement plus longue lorsqu'elle émane d'un juge⁵²²¹. Il suffit de songer à la durée de certaines détentions provisoires.

⁵²¹⁸ Comme il l'a été écrit, « le raisonnable ne renvoie pas à une solution unique, mais implique une pluralité de solutions possibles ; pourtant, il y a une limite à cette tolérance, et c'est le déraisonnable qui n'est pas acceptable ». Et d'ailleurs, « aucun droit ne peut s'exercer d'une façon déraisonnable, car ce qui est déraisonnable n'est pas de droit » : C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Arch. phil. dr., 1978, t. 23, p. 35 et s., spéc. p. 38 et 42.

⁵²¹⁹ V. C. ETRILLARD, *Le temps (...)*, *op. cit.*, n°246, p. 194 et 195.

⁵²²⁰ C. ETRILLARD, *op. cit.*, n°246, p. 195.

⁵²²¹ Dans le même sens, C. ETRILLARD, *op. et loc. cit.*

1075. La question de la durée de la détention provisoire se distingue de celle, plus large, de la durée d'une procédure pénale⁵²²², dont le délai déraisonnable, à le supposer établi, ne saurait entraîner la nullité⁵²²³. Il se peut qu'une détention provisoire soit jugée excessive, tandis que la procédure présente, dans son ensemble, une durée raisonnable. A l'inverse, une procédure pénale peut être considérée comme trop longue alors qu'aucune mesure de ce genre n'a été décidée. L'article 6 §1 de la Convention profite à toute partie au procès, libre ou détenue⁵²²⁴. Il n'empêche que dans bien des cas, une corrélation existe entre cette privation de liberté et la durée déraisonnable de l'information⁵²²⁵. Le doyen CARBONNIER⁵²²⁶ a senti ce lien dès 1939, faisant remarquer qu'« on cherche, dans l'intérêt de l'inculpé, à hérissier la détention préventive de formalités, à envelopper son maintien d'une véritable instance contradictoire. Mais, pour donner ces garanties à la liberté individuelle, on est amené à greffer sur l'instruction de nouveaux incidents, de nouvelles formes, de nouveaux délais, qui en retardent encore le cours, au préjudice de la liberté individuelle elle-même ». Bref, « les garanties procédurales de la liberté ne peuvent être réalisées qu'au prix de quelques retards dans l'instruction »⁵²²⁷.

1076. A titre impératif, l'acte coercitif observe un délai raisonnable, ce qui implique d'écourter la détention provisoire⁵²²⁸. Si celle-ci dépasse un tel délai, le justiciable doit recouvrer la liberté, mais

⁵²²² Art. 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial (...) qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle » ; Art. 14 §3, c) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 ; Art. préliminaire, III du C.P.P. Outre ces textes généraux, des textes plus spécifiques existent : V. par ex., art. 175-2 du C.P.P. Sur ce point, J. PRADEL, *La durée des procédures*, R.P.D.P., 2001, p. 148 et s. ; G. LUCAZEAU, *Le délai raisonnable est-il bien raisonnable ?*, J.C.P., 2009, I, 103 ; P. SARGOS, *Le principe du raisonnable. Approche jurisprudentielle du principe fédérateur majeur de l'application et de l'interprétation du droit*, J.C.P., 2009, Etude, 442, n°12, reprenant le mot de DEMOGUE, pour qui « un droit retardé dans son application est déjà un droit blessé ».

⁵²²³ La jurisprudence est constante à ce sujet : Cass. crim., 7 mars 1989, Bull. crim., n°109 ; Cass. crim., 22 sept. 1998, Bull. crim., n°231 ; Cass. crim., 29 nov. 2000, Dr. pénal, 2001, comm. n°54, note A. MARON ; Cass. crim., 26 sept. 2001, Procédures, 2001, comm. n°236, note J. BUISSON ; Cass. crim., 24 avril 2013, Bull. crim., n°100 (cassation) ; D., 2013, act., p. 1139 ; Dr. pénal, 2013, comm. n°99, note A. MARON et M. HAAS ; Procédures, 2013, comm. n°221, obs. A.-S. CHAVENT-LECLERE ; R.P.D.P., 2013, p. 641, obs. E. VERNY ; Cass. crim., 12 juin 2013, Inédit, n°13-80687 ; R.P.D.P., 2013, p. 641, obs. E. VERNY ; Cass. crim., 25 juin 2013, Inédit, n°12-87207 (cassation) ; R.P.D.P., 2013, p. 641, obs. E. VERNY. Le dépassement du délai raisonnable d'une procédure permet au justiciable d'introduire une demande en réparation du préjudice causé sur le fondement des articles L. 141-1 du C.O.J. et 6 §1 de la Convention européenne (dommages-intérêts). Mais il est sans incidence sur la validité des procédures. Par quatre arrêts non publiés, la chambre criminelle a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel des questions prioritaires de constitutionnalité qui dénonçaient l'absence de toute sanction procédurale en cas d'irrespect du délai raisonnable : Cass. crim., 14 déc. 2011 (4 arrêts), Inédit, n°11-90099, 11-90100, 11-90101 et 11-90102. Certains auteurs regrettent « une jurisprudence éloignée de la mise en œuvre concrète du droit conventionnel qui réclamerait une sanction plus radicale que la seule ouverture d'un droit à réparation » (A.-S. CHAVENT-LECLERE, obs. sur Cass. crim., 24 avril 2013, Procédures, 2013, comm. n°221).

⁵²²⁴ CEDH, 10 nov. 1969, *Stögmüller / Autriche*, n°1602/62, §5 ; J.-Y. LASSALLE, *Les délais de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit pénal français*, R.T.D.H., 1993, p. 263 et s., spéc. p. 276 et 277.

⁵²²⁵ Le problème ne se pose que pour la procédure d'information, la détention provisoire du prévenu étant nécessairement de courte durée dans le cadre de la comparution immédiate ainsi que la procédure dans son ensemble. Mais lorsqu'une affaire est traitée en quelques heures, la procédure présente-t-elle encore un caractère « raisonnable » ? N'est-elle pas jugée trop rapidement et dépourvue d'un « délai raisonnable » ?

⁵²²⁶ in *Instruction criminelle (...)*, *op. cit.*, p. 97.

⁵²²⁷ *Ibid.*

⁵²²⁸ Sur ce point, G. TAORMINA, *Réflexions sur la détention provisoire (...)*, *op. cit.*, not. p. 82 à 90. Selon une formule lumineuse de CARBONNIER, *op. cit.*, p. 93, « incapable d'attaquer de front la détention préventive, le droit positif s'est évertué à en limiter la durée. On ne peut blâmer une telle intention : puisque la détention préventive est un mal, il est à désirer qu'elle dure le moins longtemps possible ».

peut encore solliciter une réparation en raison de la longueur excessive de son incarcération. Après avoir proclamé le droit à la liberté et à la sûreté dans son premier paragraphe, l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, énonce au troisième paragraphe que « toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article », a notamment « le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure »⁵²²⁹. Prises à la lettre, ces dispositions se révèlent ambiguës. Elles semblent signifier que l'autorité judiciaire aurait le choix entre l'obligation de conduire la procédure jusqu'au jugement dans un délai raisonnable et celle d'élargir le suspect, si besoin, au moyen de certaines garanties. Cette interprétation ne saurait être retenue. La disposition précitée tend simplement à exiger la mise en liberté de l'intéressé dès l'instant où son maintien en détention cesse d'être raisonnable⁵²³⁰.

1077. Pour le juge de Strasbourg, « c'est essentiellement en fonction de l'état de détention de la personne poursuivie que les tribunaux nationaux, et éventuellement après eux la Cour européenne, doivent apprécier si le délai écoulé, pour quelque cause que ce soit, avant le jugement de l'accusé, a dépassé à un moment donné les limites raisonnables, c'est-à-dire celles du sacrifice qui, dans les circonstances de la cause, pouvait raisonnablement être infligé à une personne présumée innocente »⁵²³¹. A cette fin, il faut que les juridictions internes étudient toutes les circonstances de nature à admettre ou à écarter l'existence d'une véritable exigence d'intérêt public justifiant une exception à la règle du respect de la liberté individuelle⁵²³². La Cour européenne ne se réfère jamais à des durées fixes pour apprécier la durée raisonnable de la détention provisoire : elle l'apprécie *in concreto*⁵²³³. A partir des mêmes critères, son appréciation peut donc diverger de celle des juges nationaux⁵²³⁴. Elle vérifie la pertinence et la suffisance des motifs adoptés dans les décisions de prolongation ou de maintien en détention⁵²³⁵. Son examen repose, en pratique, sur trois critères : la complexité des investigations, le comportement de la personne détenue et le comportement des

⁵²²⁹ V. aussi, art. 9 §3 du Pacte international de 1966, dont les dispositions sont très proches.

⁵²³⁰ Cela ressort de la jurisprudence européenne : CEDH, 27 juin 1968, *Wemhoff / Allemagne*, n°2122/64, §4 et 5, expliquant que c'est, « au sens de l'article 5 §3, la détention provisoire des accusés qui ne peut être maintenue au-delà des limites raisonnables » ; CEDH, 27 juin 1968, *Neumeister / Autriche*, préc., §4 et 5 ; CEDH, 10 nov. 1969, *Stögmüller / Autriche*, préc., §5. Sur ce point, L.-E. PETTITI, Les principes généraux de droit pénal dans la Convention européenne des droits de l'homme, Rev. sc. crim., 1987, p. 167 et s., spéc. p. 170 ; R. ERGEC, J. VELU, La notion de « délai raisonnable » dans les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme – essai de synthèse –, R.T.D.H., 1991, p. 137 et s., spéc. n°3, p. 139.

⁵²³¹ CEDH, 27 juin 1968, *Wemhoff / Allemagne*, préc., §5.

⁵²³² CEDH, 27 juin 1968, *Neumeister / Autriche*, préc., §5.

⁵²³³ Pour cette affirmation, CEDH, 10 nov. 1969, *Stögmüller / Autriche*, préc., §4 ; V. P. POUGET, Les délais en matière de rétention, garde à vue et détention provisoire au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, Rev. sc. crim., 1989, p. 78 et s., spéc. p. 89 à 92.

⁵²³⁴ Tel est le cas dans de nombreuses affaires où la France a été condamnée pour des détentions provisoires excessives : V. par ex., CEDH, 26 juin 1991, *Letellier / France*, n°29/1990/220/282 ; J.C.P., 1992, II, 21931, note B. JOUVE (2 ans et 9 mois) ; CEDH, 27 nov. 1991, *Kemmache / France*, n°41/1990/232/298 et n°53/1990/244/315 ; CEDH, 27 août 1992, *Tomasi / France*, préc. (5 ans et 7 mois).

⁵²³⁵ V. justement, CEDH, 26 juin 1991, *Letellier / France*, préc., §35. Ensuite, elle reprend un par un les motifs avancés par les juridictions françaises (chambres d'accusation) au soutien de leurs refus d'élargissement, les apprécie *in concreto* (§37 à 51) et parvient à une conclusion différente de celle des juges nationaux, déclarant qu'il y a eu violation de l'article 5 §3 (§52 et 53). Tout est fonction des affaires et tout critère temporel est insuffisant : c'est le caractère raisonnable ou non des motifs de la détention qui importe pour apprécier sa durée.

autorités compétentes⁵²³⁶. Quant à la période visée par l'article 5 §3 de la Convention pour l'appréciation du délai raisonnable de la détention provisoire, elle a pour point de départ l'arrestation ou la mise en détention⁵²³⁷ et s'achève le jour où il est statué sur le bien-fondé de l'accusation, fût-ce seulement en premier ressort⁵²³⁸.

1078. Afin de maintenir l'incarcération d'un présumé innocent, il est indispensable que persistent des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir accompli une infraction. Il s'agit d'une condition *sine qua non* au maintien de la privation de liberté, mais elle ne suffit plus au bout d'un moment⁵²³⁹. Il faut alors d'autres motifs « pertinents » et « suffisants » qui continuent à légitimer la détention de l'intéressé, comme le risque de fuite, de récidive, de pression sur les témoins... En effet, ceux ayant fondé le placement initial s'affaiblissent au fil du temps et ne sauraient, à eux seuls, justifier le maintien de l'incarcération⁵²⁴⁰. Le trouble à l'ordre public s'estompe après plusieurs mois, voire plusieurs années, le risque de fuite diminue avec la prolongation de la détention, l'individu la subissant ayant de moins en moins intérêt à se soustraire à la justice. Il faut aussi que les autorités répressives nationales apportent « une diligence particulière à la poursuite de la procédure », qu'elles agissent avec la promptitude nécessaire⁵²⁴¹. Le juge d'instruction doit faire preuve de diligence et de célérité. En outre, la nécessité de maintenir la privation de liberté ne peut s'apprécier en fonction du seul

⁵²³⁶ Sur les critères retenus par la jurisprudence – européenne et interne – pour apprécier la durée normale ou excessive d'un délai, J.-Y. LASSALLE, *op. cit.*, p. 280 à 282, qui recense quatre critères objectifs et deux critères subjectifs, examinés de façon concrète ; R. ERGEC, J. VELU, *op. cit.*, n°9 à 11, p. 142 à 149, où six critères sont retenus.

⁵²³⁷ Et non la date à laquelle la juridiction est saisie d'une demande de mise en liberté : Cass. crim., 23 déc. 1986, Bull. crim., n°386.

⁵²³⁸ CEDH, 27 juin 1968, *Wemhoff / Allemagne*, préc., §9, refusant de retenir comme terme final de la période de détention le jour où un jugement de condamnation est devenu définitif ; CEDH, 23 sept. 1998, *I. A. / France*, n°1/1998/904/1116, §98 ; R.D.P., 1999, p. 864, obs. D. THOMAS. La détention ultérieure échappe aux conditions du délai raisonnable de l'article 5 §3 pour ne dépendre que de l'article 5 §1 a), texte applicable « après condamnation » prononcée en première instance. Si la personne détenue relève appel ou forme un pourvoi, elle ne peut se plaindre de la poursuite de sa détention que sur le fondement du « délai raisonnable » prescrit à l'article 6 §1 de la Convention. La Cour de cassation retient la même position que le juge européen, bien qu'en droit français, la détention provisoire dure jusqu'à ce que la condamnation soit devenue définitive, qu'elle ait acquis autorité de la chose jugée : Cass. crim., 18 nov. 1998, Bull. crim., n°306. Sur la question : C. MARSAT, *Détention provisoire. Des difficultés d'application de l'article 5 §3 de la C.E.S.D.H.*, Dr. pénal, 1999, chron., n°14.

⁵²³⁹ Pour un rappel de ce principe : V. CEDH, 9 nov. 1999, *Debboub alias Hussein Ali / France*, n°37786/97, §39 ; R.D.P., 2000, p. 707, obs. D. THOMAS ; J.C.P., 2000, I, 203, n°5, obs. F. SUDRE ; Procédures, 2000, comm. n°21, note J. BUISSON ; CEDH, 26 avril 2011, *Tinner / Suisse*, n°59301/08 et n°8439/09, préc., §51.

⁵²⁴⁰ Les condamnations européennes, motivées par l'irrespect de cette condition, sont très nombreuses : V. par ex., CEDH, 9 nov. 1999, *Debboub alias Hussein Ali / France*, préc., §45 et 47 ; CEDH (Gr. ch.), 26 oct. 2000, *Kudla / Pologne*, n°30210/96, §114 à 117 ; J.C.P., 2001, I, 291, n°6 et 40, obs. F. SUDRE ; R.P.D.P., 2001, p. 764, obs. B. PEREIRA ; CEDH, 9 mars 2006, *Svipsta / Lettonie*, n°66820/01, préc., §111 et 113 ; CEDH, 8 nov. 2007, *Lelièvre / Belgique*, n°11287/03, préc., §102 et 104 ; CEDH, 31 mai 2011, *Birznieks / Lettonie*, n°65025/01, §109 et 111 ; CEDH, 29 nov. 2011, *Stoica / Turquie*, n°19985/04, §25 à 28 ; CEDH, 3 oct. 2013, *Vosgien / France*, préc., §46 à 58, où la durée d'une détention provisoire de 4 ans et 3 mois est jugée excessive, après un contrôle de chaque motif invoqué par les juridictions pénales françaises pour justifier le maintien et la prolongation de l'incarcération. Chacun d'eux a été insuffisamment établi selon la Cour.

⁵²⁴¹ V. CEDH, 5 oct. 2004, *Blondet / France*, n°49451/99 ; A.J. pénal, 2004, jurisp., p. 450, obs. J. COSTE ; CEDH, 23 janv. 2007, *Cretello / France*, n°2078/04 ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2008, chron. préc., spéc. n°7 ; CEDH, 8 oct. 2009, *Naudo / France*, n°35469/06, §42 à 47 ; CEDH, 8 oct. 2009, *Maloum / France*, n°35471/06, §40 à 45 ; CEDH, 29 oct. 2009, *Paradysz / France*, n°17020/05 ; R.P.D.P., 2009, p. 885, obs. J.-F. RENUCCI. Seul le comportement des autorités est pris en compte, indépendamment des retards dus aux avocats ou aux coaccusés : CEDH, 28 janv. 2010, *Simeonov / Bulgarie*, n°30122/03, §57. Par ailleurs, la détention de l'extradé dans l'attente de sa remise, en vertu de l'art. 5 §1 f) de la Convention, doit aussi conserver une durée raisonnable. Ce caractère s'apprécie uniquement en fonction des diligences menées par les autorités : V. CEDH, 7 janv. 2010, *Aribaud / Luxembourg*, n°41923/06, §106 ; R.I.D.P., 2010, p. 327, n°10, obs. L. MORTET.

élément de la gravité de la peine encourue et la continuation d'une détention ne saurait servir à anticiper sur une peine privative de liberté⁵²⁴².

1079. Si ces conditions sont observées, l'Etat peut échapper à une condamnation pour violation du délai raisonnable de la détention provisoire⁵²⁴³. Toutefois, ces critères classiques ne sont plus les seuls à être pris en compte pour apprécier la durée de l'acte coercitif. La minorité de la personne détenue⁵²⁴⁴, de même qu'un état de santé dégradé⁵²⁴⁵, apparaissent désormais comme des éléments essentiels permettant à la Cour européenne d'intensifier son contrôle sur la durée de la privation de liberté. D'autres manifestations du développement de ce contrôle existent. La Cour veille ainsi à ce que les juges nationaux qui maintiennent en détention se prononcent sur les alternatives à la privation de liberté⁵²⁴⁶. Elle n'hésite plus à sanctionner des incarcérations de courte durée, jugées néanmoins déraisonnables⁵²⁴⁷.

1080. En droit interne, l'article 144-1 du C.P.P. précise que « la détention provisoire ne peut excéder une durée raisonnable, au regard de la gravité des faits reprochés à la personne mise en examen et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité. Le juge d'instruction ou, s'il est saisi, le juge des libertés et de la détention doit ordonner la mise en liberté immédiate de la personne placée en détention provisoire, selon les modalités prévues par l'article 147, dès que les

⁵²⁴² V. not., CEDH (Gr. ch.), 22 mai 2012, *Idalov / Russie*, n°5826/03, §139 à 149, spéc. §145 ; Rev. sc. crim., 2012, p. 687, obs. J.-P. MARGUENAUD. La violation de l'article 5 §3 est retenue parce que, « en s'abstenant d'évoquer des faits précis et d'envisager d'autres "mesures préventives" et en s'appuyant essentiellement et systématiquement sur la gravité des charges, les autorités ont maintenu le requérant en détention provisoire pour des motifs qui, tout en étant "pertinents", ne sauraient passer pour "suffisants" pour justifier la durée de cette détention » (§148). Cet arrêt opère une synthèse des principes fondamentaux régissant le maintien en détention provisoire et la nécessité de bien justifier sa durée. Il souligne tout ce que les autorités judiciaires ne doivent pas faire en la matière, si bien qu'on peut se demander s'il ne correspond pas à « un arrêt *Salduz* (relatif à la garde à vue) de la détention provisoire » (J.-P. MARGUENAUD, obs. sur cet arrêt).

⁵²⁴³ Par ex., CEDH, 26 avril 2011, *Tinner / Suisse*, préc., §66 et 67 ; CEDH, 18 oct. 2012, *Rossi / France*, n°60468/08 ; Procédures, 2012, comm. n°368, note A.-S. CHAVENT-LECLERE, où elle conclut à l'absence de violation de l'article 5 §3 pour une détention provisoire ayant duré quatre ans et un mois dans le cadre d'une information pour vols à main armée. La Cour ne discerne « aucune période pendant laquelle les autorités n'ont pas procédé aux recherches ou à des actes d'instruction », la longueur de la détention se révélant « imputable, pour l'essentiel, à la complexité de l'affaire et, en partie, au comportement du requérant, qui a multiplié les demandes d'actes et les demandes de remise en liberté » (§84).

⁵²⁴⁴ CEDH, 6 mai 2008, *Nart / Turquie*, n°20817/04 (en anglais), §32 à 34 ; CEDH, 20 janv. 2009, *Güveç / Turquie*, n°70337/01, §108 à 110 ; R.I.D.P., 2009, p. 342, n°16, obs. L. MORTET (détention provisoire de plus de quatre ans et demi d'un suspect âgé de quinze ans lors de son incarcération, cette durée appréciée *in abstracto* entraînant la violation de l'article 5 §3 de la Convention) ; CEDH, 9 juill. 2013, *Dinc et Cakir / Turquie*, préc., §58 à 66.

⁵²⁴⁵ CEDH, 22 déc. 2008, *Aleksanyan / Russie*, n°46468/06 (en anglais) ; R.I.D.P., 2009, p. 341, n°15, obs. L. MORTET ; CEDH, 2 juill. 2009, *Vafiadis / Grèce*, n°24981/07, §55 et 56 ; R.I.D.P., 2009, p. 617, n°8, obs. L. MORTET et les autres références citées (individu toxicomane et souffrant d'une maladie neurologique grave) ; CEDH, 2 mars 2010, *Hajol / Pologne*, n°1127/06, §86 ; R.I.D.P., 2010, p. 332, n°15, obs. L. MORTET (non violation de l'article 5 §3, les autorités ayant évalué la nécessité de poursuivre l'incarcération du requérant « à la lumière des circonstances relatives à l'évolution de son état de santé, telle que décrite dans les avis médicaux »).

⁵²⁴⁶ CEDH, 23 avril 2009, *Popov et Vorobyev / Russie*, n°1606/02 (en anglais), §85 ; CEDH, 9 juin 2009, *Jan Pawlak / Pologne*, n°8661/06 (en anglais), §44 et 45 ; CEDH, 9 juill. 2009, *Avdeyev et Veryayev / Russie*, n°2737/04 (en anglais), §69 ; R.I.D.P., 2009, p. 616, n°7, obs. L. MORTET.

⁵²⁴⁷ CEDH, 23 avril 2009, *Popov et Vorobyev / Russie*, préc., §75 et s. (13 mois et 17 jours) ; CEDH, 25 juin 2009, *Titovi / Bulgarie*, n°3475/03 (en anglais), §24 à 31 (1 an et 5 jours). Mais la Cour est « encore timide » s'agissant de détentions provisoires très longues (L. MORTET, obs. préc., R.I.D.P., p. 616) : V. par ex., CEDH, 16 juin 2009, *Aygül / Turquie*, n°43550/04, §16 (13 ans et 5 mois) ; CEDH, 16 juill. 2009, *Mücek / Turquie*, n°7605/05 (en anglais), §7 à 10.

conditions prévues à l'article 144 et au présent article ne sont plus remplies »⁵²⁴⁸. L'acte coercitif a l'obligation de conserver un délai raisonnable aux termes de ce texte, lequel fait écho à l'article 5 §3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La chambre criminelle a affirmé, non sans une certaine outrecuidance, que « les dispositions du Code de procédure pénale qui définissent limitativement les cas dans lesquels le placement ou le maintien en détention peut être ordonné par le juge, loin d'être incompatibles avec les dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, instituent au contraire en faveur des inculpés des garanties supplémentaires destinées à éviter toute détention injustifiée »⁵²⁴⁹.

1081. Des détentions provisoires méconnaissent pourtant parfois cette exigence. Leur durée particulièrement longue s'explique de différentes façons : la difficulté des investigations, la complexité de l'affaire, l'inertie de l'autorité publique ou les moyens dilatoires dont la personne poursuivie a fait usage⁵²⁵⁰. Lorsque le juge pénal apprécie l'exigence de la durée raisonnable de l'incarcération, son appréciation s'effectue *in concreto*, à l'instar du juge européen⁵²⁵¹. Indissociable du contexte d'ensemble de l'affaire, elle dépend à titre principal d'un examen objectif des faits, fondé sur de multiples critères⁵²⁵². Elle constitue une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond (chambre de l'instruction en particulier) et échappe au contrôle de cassation⁵²⁵³. C'est dire que la chambre criminelle leur impose de répondre aux conclusions d'un mis en examen qui forme une demande de mise en liberté, motif pris de la durée excessive de sa détention⁵²⁵⁴. Mais ce moyen ne saurait être soulevé pour la première fois devant la Haute juridiction. Il est irrecevable parce que nouveau et mélangé de fait et de droit⁵²⁵⁵. Celle-ci vérifie la motivation du choix des juges du fond lorsqu'ils se prononcent sur le caractère raisonnable ou non de la privation de liberté⁵²⁵⁶. Il lui arrive

⁵²⁴⁸ Pour une étude de ce texte : C. ETRILLARD, *op. cit.*, n°307 à 311, p. 237 et 238.

⁵²⁴⁹ Cass. crim., 6 mars 1986 (2arrêts), Bull. crim., n°94 (attendu commun). Déjà en ce sens, mais de façon plus ramassée : Cass. crim., 3 juin 1975, Bull. crim., n°141.

⁵²⁵⁰ V. J.-P. DOUCET, La Convention européenne des droits de l'homme (...), *op. cit.*, p. 187 et 188.

⁵²⁵¹ Mais pour invoquer un dépassement du délai raisonnable au sens de l'article 5 de la Convention, il ne peut être fait état devant le juge pénal de périodes de détention subies en exécution de condamnations régulièrement prononcées par des juridictions compétentes ayant statué sur la culpabilité et sur la peine : Cass. crim., 29 sept. 2004, Bull. crim., n°229. Une peine privative de liberté ne s'impute d'ailleurs pas sur une détention provisoire : Cass. crim., 22 nov. 2005, A.J. pénal, 2006, jurispr., p. 86, obs. C. SAAS.

⁵²⁵² V. J.-F. FLAUSS, Le « délai raisonnable » (...), *op. cit.*, p. 50 et 51, relevant plusieurs critères d'appréciation de la durée de la détention : la « normalité » du délai de détention par rapport à la pratique judiciaire française, la contribution du prévenu à l'allongement de la durée de la procédure, la complexité de l'affaire, le rythme de progression de la procédure...

⁵²⁵³ Cass. crim., 6 mars 1986, préc. ; Cass. crim., 3 juin 2003, Bull. crim., n°111 ; Cass. crim., 14 mars 2006, A.J. pénal, 2006, jurispr., p. 220, obs. C. GIRAULT. La solution est identique lorsqu'il s'agit de mineurs : Cass. crim., 23 nov. 2005, A.J. pénal, 2006, jurispr., p. 86, obs. C. GIRAULT.

⁵²⁵⁴ Cass. crim., 19 fév. 1986, Bull. crim., n°66 (1^{er} arrêt) ; Cass. crim., 22 juill. 1997, Bull. crim., n°277 (2^{ème} arrêt). Sur ce point, A. MARON, La détention nouvelle est arrivée (2^{ème} partie), Dr. pénal, 1998, chron. n°1.

⁵²⁵⁵ Cass. crim., 18 fév. 1986, Bull. crim., n°66 (2^{ème} arrêt) ; Cass. crim., 2 mars 1988, Bull. crim., n°112.

⁵²⁵⁶ V. Cass. crim., 12 déc. 1988, Bull. crim., n°419. Sur ce point, R. KOERING-JOULIN, La chambre criminelle et les droits (...), *op. cit.*, p. 222 et 223, notant qu'« on ne le dira jamais assez : une motivation aussi circonstanciée soit-elle, ne devrait pas servir à légitimer des délais intrinsèquement excessifs ».

de se montrer, à cet égard, peu exigeante⁵²⁵⁷. Au fond, ce contrôle sert « la bonne cause : pour faire respecter par les juges du fond la jurisprudence de la Cour européenne »⁵²⁵⁸.

1082. Sans doute en refusant « d’apprécier elle-même la durée du délai raisonnable eu égard à chaque espèce », la Cour de cassation « gardait ses distances et se mettait “à l’abri d’un éventuel désaveu de la Commission ou de la Cour” européenne »⁵²⁵⁹. Sans doute n’avait-elle pas non plus à entrer dans le domaine du fait, par nature étranger à l’objet de son contrôle. Il arrive pourtant que la règle juridique découle directement de l’analyse du fait. Il arrive même à la Cour de cassation de se transformer en juge du fait. Tel est le cas en matière de détention provisoire, lorsqu’elle vérifie les conditions d’application de l’article 144 du C.P.P. en examinant les « éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure » (...) « constituant l’unique moyen de parvenir à l’un des objectifs » énumérés par la loi⁵²⁶⁰. Sa position prête encore à discussion au regard de la fonction dont elle semble s’être investie. Ne s’est-elle pas érigée, dès 1975, en gardienne du respect dû à la Convention européenne des droits de l’homme⁵²⁶¹ ? Ne devrait-elle pas dès lors contrôler le respect du délai raisonnable de la détention exigé à son article 5 §3⁵²⁶² ? La Cour européenne lui a précisément reconnu la compétence pour apprécier, à partir d’un examen de la procédure, le respect de la part des autorités judiciaires dudit délai⁵²⁶³.

1083. Depuis plusieurs années, tant le législateur que la jurisprudence essaient de limiter au maximum la durée de la détention provisoire, de lui faire conserver un délai raisonnable. Les règles de prolongation de cet acte coercitif permettent de s’en apercevoir. Le Code de procédure pénale prévoit que la privation de liberté peut être prolongée si le juge énonce les raisons pour lesquelles

⁵²⁵⁷ V. par ex., Cass. crim., 19 déc. 2006, Inédit, n°06-87486 ; Rev. sc. crim., 2007, p. 328, obs. R. FINIELZ, se contentant d’une motivation assez faible.

⁵²⁵⁸ D. MAYER, Evolution de l’attitude de la chambre criminelle de la Cour de cassation française à l’égard de la Convention européenne des droits de l’homme, Mélanges G. LEVASSEUR, Litec, 1992, p. 239 et s., spéc. p. 243. Adde, J.-F. FLAUSS, *op. cit.*, p. 52, indiquant qu’il s’agit d’un contrôle « minimum », « un contrôle de base légale : il ne s’exerce que sur la précision de la motivation mais non pas sur l’exactitude des faits qui fondent celle-ci ».

⁵²⁵⁹ D. MAYER, *op. cit.*, p. 242. Il a été néanmoins souligné avec justesse que « la Cour de cassation a perdu là une belle occasion d’élever l’exigence du délai raisonnable au rang d’autres principes posés par la Convention qu’elle n’a pas hésité à placer au faite des règles du procès » : W. JEANDIDIER, Détention provisoire, Convention européenne des droits de l’homme et Code de procédure pénale, ou valse-hésitation de la chambre criminelle, Rev. sc. crim., 1986, p. 711 et s., spéc., p. 720.

⁵²⁶⁰ G. LUCAZEAU, Le délai raisonnable (...), *op. cit.*, n°31. Adde, W. JEANDIDIER, *op. cit.*, p. 719. Il lui est arrivé, par le passé, « de succomber à la tentation de jouer le rôle d’un juge du troisième degré », en matière de motivation de la détention notamment, « rôle qui a même atteint une dimension inquiétante dans le domaine des nullités de l’information. La stricte répartition des tâches entre juridictions inférieures et Cour de cassation est un utile paravent : de la sorte, le délai raisonnable est jugé quantité négligeable ».

⁵²⁶¹ V. Cass. crim., 3 juin 1975, Bull. crim., n°141, préc.

⁵²⁶² V. les remarques pertinentes de W. JEANDIDIER, *op. cit.*, p. 719 et 720, soulignant qu’il existe en procédure pénale « plusieurs principes qui procèdent de l’ordre public. Et à cet égard, la longueur excessive d’une détention provisoire, gravissime atteinte aux droits de l’homme, frappe de plein fouet la présomption d’innocence et le principe du caractère exceptionnel de la privation de liberté avant jugement. Si en l’occurrence l’ordre public n’est pas en cause, il est légitime d’éprouver quelque inquiétude ».

⁵²⁶³ CEDH, 28 sept. 1999, *Civet / France*, n°29340/95, §43 ; R.D.P., 2000, p. 705, obs. D. THOMAS ; J.C.P., 2000, I, 203, n°1, obs. F. SUDRE.

l'information doit se poursuivre et le délai prévisible d'achèvement de la procédure⁵²⁶⁴. Le législateur a du reste ajouté un second alinéa à l'article 145-3 du C.P.P., précisant qu'il n'est pas nécessaire que l'ordonnance de prolongation indique la nature des investigations auxquelles le juge d'instruction a l'intention de procéder lorsque cette précision risque d'entraver leur « accomplissement » (*sic*). Outre la maladresse évidente de rédaction de ce texte⁵²⁶⁵, celui-ci tend à prohiber toute détention qui n'apparaîtrait plus justifiée, puisque le juge se voit contraint d'expliquer son choix de prolonger la mesure. Par ailleurs, le juge ne peut pas la prolonger en prenant en compte, pour déterminer la peine encourue, la circonstance de récidive⁵²⁶⁶. Mais il a été jugé, de façon très discutable, qu'aucune disposition légale n'impose au juge des libertés et de la détention d'ordonner la mise en liberté immédiate de la personne dont il refuse de prolonger l'incarcération⁵²⁶⁷. La solution contraire aurait eu le mérite de cantonner davantage la durée de l'acte coercitif, de l'enserrer dans un délai raisonnable⁵²⁶⁸. On peut en plus douter de la stricte nécessité de maintenir la privation de liberté lorsque sa prolongation est refusée⁵²⁶⁹.

1084. Cela étant, bon nombre d'arrêts récents de la chambre criminelle témoignent d'une évolution sensible sur le contrôle du délai raisonnable de la détention provisoire. Elle exige désormais une véritable motivation des juridictions du fond prescrivant la prolongation de l'incarcération ou rejetant les demandes de mise en liberté alors que la mesure excède un an en matière criminelle ou huit mois en matière délictuelle⁵²⁷⁰. Se démarquant de sa jurisprudence classique⁵²⁷¹, elle n'hésite plus à casser les arrêts dont la motivation s'avère insuffisante⁵²⁷². La Cour de cassation veille encore à ce que la

⁵²⁶⁴ Art. 145-3, al. 1 du C.P.P.

⁵²⁶⁵ L'indication des investigations auxquelles le juge a l'intention de se livrer ne risque pas d'entraver leur accomplissement comme l'énonce le texte, mais en réalité leur résultat. Sur ce point, P. CONTE, *L'art de légiférer se perd-il ? Réflexions en forme de pamphlet à partir de quelques illustrations de droit pénal*, Etudes à la mémoire de C. LAPOYADE-DESCHAMPS, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 307 et s., spéc. p. 313 et 314, soulignant avec justesse : « Effectivement, l'ajout (alinéa 2) n'est pas superflu, car on peut s'interroger sur l'utilité d'une perquisition dont on aurait indiqué aux intéressés le prochain déroulement, en prenant poliment rendez-vous avec eux, à une date qui ne les dérange pas à l'excès. Mais on ne perçoit pas en quoi une telle annonce est de nature à gêner son "accomplissement" : simplement, les enquêteurs passeront au peigne fin l'entrepôt vidé la veille, sous le regard sourcilieux du propriétaire, par une entreprise de déménagement. Elle peut, ce qui est tout différent, compromettre ses résultats. En conséquence, prise à la lettre, cette formulation extravagante oblige à indiquer presque systématiquement les opérations que le juge d'instruction envisage de mener encore, car leur "accomplissement" pourrait bien n'être que fort rarement menacé ; quant à leur efficacité, elle est apparemment tenue pour un objectif secondaire ».

⁵²⁶⁶ Cass. crim., 19 fév. 2002, Bull. crim., n°31 ; Procédures, 2002, comm. n°124, note J. BUISSON ; Cass. crim., 25 mai 2005, Procédures, 2005, comm. n°193, note J. BUISSON.

⁵²⁶⁷ Cass. crim., 7 juin 2006, A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 410, obs. C. SAAS ; Procédures, 2006, comm. n°250, note J. BUISSON.

⁵²⁶⁸ Dans le même esprit, mais lors du placement en détention cette fois, il est interdit au juge des libertés et de la détention de fixer à l'avance une durée d'incarcération inférieure à celle prévue par la loi : Cass. crim., 3 avril 2002, Bull. crim., n°73 ; Rev. sc. crim., 2002, p. 841, obs. D.-N. COMMARET ; Cass. crim., 21 nov. 2006, Bull. crim., n°291 ; A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 138, obs. C. SAAS.

⁵²⁶⁹ Dans sa note sous Cass. crim., 7 juin 2006, préc., M. BUISSON indique, avec raison, que le magistrat « devrait alors faire apparaître, implicitement ou expressément, ladite nécessité de maintenir ainsi une telle détention qu'il n'estime plus indispensable pour l'avenir ».

⁵²⁷⁰ Art. 145-3 du C.P.P.

⁵²⁷¹ Cass. crim., 9 juin 1999, Bull. crim., n°132.

⁵²⁷² V. Cass. crim., 24 nov. 2010, Bull. crim., n°187 (les juges du fond n'ont précisé ni les circonstances particulières justifiant la poursuite de l'information ni le délai prévisible d'achèvement de la procédure) ; Cass. crim., 22 fév. 2011, Bull.

chambre de l'instruction, qui statue sur l'appel du mis en examen maintenu en détention, se prononce dans les plus brefs délais et, au plus tard, dans les quinze jours de l'appel prévu par l'article 186 du C.P.P., ce délai étant prolongé de cinq jours en cas de comparution personnelle de l'intéressé⁵²⁷³, faute de quoi celui-ci est remis d'office en liberté, sauf si des vérifications concernant sa demande ont été ordonnées ou si des circonstances imprévisibles et insurmontables, extérieures au service de la justice, mettent obstacle au jugement de l'affaire dans le délai prévu⁵²⁷⁴. Bien entendu, ce n'est pas parce que la détention provisoire observe les délais légaux, qu'elle possède nécessairement une durée raisonnable au sens des articles 144-1 du C.P.P. et 5 §3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. Respecter ces délais, sous peine de sanction, contribue néanmoins à éviter les durées déraisonnables⁵²⁷⁵, notamment si l'élargissement est ordonné.

1085. Dans plusieurs arrêts rendus le même jour⁵²⁷⁶, des exigences supplémentaires ont été posées en matière de délai raisonnable de la détention provisoire. La chambre criminelle a amplifié l'étendue de son contrôle sur la motivation des juges du fond appelés à statuer sur ce point. Ces décisions ont été rendues au visa des articles 5 §3 de la Convention précitée et 181, alinéa 9, du C.P.P., la Haute juridiction judiciaire reprenant les dispositions conventionnelles. Dans ces espèces, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris avait prolongé, à la demande du ministère public, l'incarcération d'accusés renvoyés en jugement pour une nouvelle durée de six mois en se fondant sur l'article 181, alinéa 9, du C.P.P.⁵²⁷⁷. A l'appui de sa requête, le parquet général invoquait l'encombrement du rôle de la cour d'assises spéciale (terrorisme), qui n'avait pas permis de faire comparaître les accusés dans le délai d'un an, même après une première prolongation exceptionnelle de six mois. Pour motiver son choix, la chambre de l'instruction se référait aux difficultés récurrentes de fonctionnement de la juridiction devant statuer au fond, mais soutenait que le délai raisonnable était respecté. Ces arrêts sont cassés. La chambre de l'instruction ne pouvait pas justifier les prolongations exceptionnelles de détention en arguant de simples difficultés récurrentes de fonctionnement de la juridiction, et surtout, sans rechercher si les autorités compétentes avaient apporté une diligence particulière à la poursuite de la procédure. Il est donc imposé au juge, chargé de la détention

crim., n°32 (absence d'indications particulières justifiant, en l'espèce, la poursuite de l'instruction) ; V. GEORGET, Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2012, chron. préc., spéc. n°39 et 40.

⁵²⁷³ Art. 199 *in fine* du C.P.P.

⁵²⁷⁴ Cass. crim., 18 janv. 2011, Bull. crim., n°7 ; Cass. crim., 7 fév. 2012, Bull. crim., n°36 ; Cass. crim., 4 sept. 2012, Bull. crim., n°177 ; Procédures, 2012, comm. n°330, note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Cass. crim., 15 janv. 2013, Bull. crim., n°13 ; Procédures, 2013, comm. n°121 (1^{er} arrêt), obs. J. BUISSON. Ces arrêts de cassation sont rendus au visa des articles 194 et 199 du C.P.P.

⁵²⁷⁵ V. aussi, Cass. crim., 18 oct. 2010, A.J. pénal, 2010, jurisp., p. 512, obs. E. A.

⁵²⁷⁶ Cass. crim., 2 sept. 2009, Bull. crim., n°148 ; Dr. pénal, 2009, comm. n°145, note A. MARON et M. HAAS ; Cass. crim., 2 sept. 2009, Inédit, n°09-83949 ; Cass. crim., 2 sept. 2009, Inédit, n°09-83940 ; Cass. crim., 2 sept. 2009, Inédit, n°09-83938 ; D. GUERIN, Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2010, chron. préc., n°30.

⁵²⁷⁷ Ce texte autorise la chambre de l'instruction à prolonger exceptionnellement l'incarcération de l'accusé détenu au-delà du délai d'un an à compter de la date à laquelle la mise en accusation est devenue définitive, par une décision rendue conformément à l'article 144 du C.P.P. et mentionnant les raisons de fait ou de droit faisant obstacle au jugement de l'affaire. La prolongation est de six mois, renouvelable une fois dans les mêmes formes (soit deux ans au total). Mais si l'accusé n'a pas comparu devant la cour d'assises à l'issue de cette seconde prolongation, sa mise en liberté doit être immédiate.

provisoire, de procéder à de réelles vérifications, non de se contenter des arguments du parquet qui réclame la prolongation de la mesure. Les incarcérations « de confort », motivées par l'encombrement du rôle des cours d'assises, devaient diminuer. Ce progrès notable⁵²⁷⁸ était, de toute façon, inéluctable en raison de la pression de la Cour européenne, rappelant fréquemment « qu'il incombe aux Etats d'agencer leur système judiciaire de manière à permettre à leurs tribunaux de répondre aux exigences de l'article 5 »⁵²⁷⁹.

1086. Consacrés à titre exclusif à la détention provisoire, ces développements ont montré que la mesure doit être non seulement justifiée dans son principe⁵²⁸⁰, mais de surcroît raisonnable dans sa durée⁵²⁸¹. Il en va de même pour les autres actes coercitifs. L'incarcération prévue en exécution d'un mandat d'arrêt européen ne doit pas être excessive. Il est vrai que ce risque semble plus restreint lorsque la privation de liberté se rapporte à cet acte, compte tenu de la rapidité avec laquelle il peut être mis à exécution et les brefs délais dans lesquels il se trouve enfermé⁵²⁸². La garde à vue est également tenue de conserver un délai raisonnable. La mesure qui durerait plusieurs semaines, voire des mois, ne respecterait pas cette exigence. Elle serait objectivement déraisonnable au vu de son objet et constituerait un détournement de procédure. Restrictif de liberté et constitutif d'une atteinte à la vie privée protégée par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le contrôle judiciaire doit également observer une durée raisonnable. La Cour européenne a retenu la violation de cette stipulation dans une affaire où une personne soupçonnée du chef d'usage de faux a du se présenter régulièrement au poste de police de son lieu de résidence durant presque douze ans⁵²⁸³ ! Elle admet avec raison que la surveillance policière, légitime à l'origine si elle s'avère être l'unique moyen de garantir le respect des intérêts de la justice, n'apparaît plus justifiée au bout de douze années⁵²⁸⁴. Intrinsèquement excessive, cette durée de l'acte coercitif reste inacceptable. Celui-ci doit conserver un délai raisonnable en toute occasion. Il s'agit d'un trait propre à son régime

⁵²⁷⁸ Il s'agit bien d'une évolution appréciable du droit positif. Comp., Cass. crim., 26 juill. 2006, Inédit, n°06-84068 ; Cass. crim., 2 sept. 2008, Inédit, n°08-84031 ; Cass. crim., 29 avril 2009, Inédit, n°09-80802.

⁵²⁷⁹ CEDH, 26 janv. 2012, *Berasategi / France*, n°29095/09, §42 (violation de l'article 5 §3, le gouvernement s'en est tenu à l'argument de l'encombrement de la cour d'assises de Paris spécialement composée pour justifier une période d'inactivité des autorités judiciaires de près de deux ans, celles-ci ayant fait droit aux demandes de prolongation de la détention provisoire formulées par le procureur général) ; CEDH, 26 janv. 2012, *Esparza Luri / France*, n°29119/09, §34 (*idem*) ; CEDH, 26 janv. 2012, *Sagarzazu / France*, n°29109/09, §40 ; CEDH, 26 janv. 2012, *Soria Valderrama / France*, n°29101/09, §35 ; CEDH, 26 janv. 2012, *Guimon Esparza / France*, n°29116/09, §40. Ces arrêts concernent tous des membres de l' « ETA ».

⁵²⁸⁰ V., très explicite à ce sujet, Cass. crim., 6 mars 1986, Bull. crim., n°94 (2^{ème} arrêt).

⁵²⁸¹ Il n'est pas apparu nécessaire, dans le cadre de cette étude, d'évoquer les différentes durées de la détention provisoire, en matière criminelle et correctionnelle. Sur les délais de prolongation de la mesure : V. art. 145-1, 145-2 et 145-3 du C.P.P. ; E. VERGES, Procédure pénale, *op. cit.*, n°376.

⁵²⁸² Sur ce point et sur les failles du système, dues à l'usage des voies de recours : F. FOURNIE, Difficultés d'exécution (...), *op. cit.*, p. 1986 et 1987. Des délais légaux spécifiques, plus brefs que ceux du droit commun, existent en la matière, même si leur dépassement s'avère toutefois rarement sanctionné (V. not., Cass. crim., 14 sept. 2005, A.J. pénal, 2005, jurispr., p. 417, obs. C.-S. E.), sauf en ce qui concerne le contrôle judiciaire et la détention provisoire prescrits au cours de la procédure.

⁵²⁸³ CEDH, 15 janv. 2008, *Zmarzlak / Pologne*, n°37522/02, préc.

⁵²⁸⁴ La Cour européenne rappelle que « toute mesure qui aboutit à restreindre la jouissance des droits qui relèvent d'une sphère de la vie privée d'un individu doit faire l'objet d'une interprétation restrictive et être appliquée avec retenue » (§46).

juridique, au-delà de toutes ses variations de durée. Il existe un second élément qui caractérise ce régime et en renforce la spécificité.

2°- L'acte coercitif interrompt la prescription de l'action publique

1087. Aux termes de l'article 7 du C.P.P., la prescription de l'action publique peut être interrompue par tout acte de poursuite ou d'instruction. Cette formule peu précise se montre plus ou moins compréhensive selon le critère retenu : objet de l'acte ou auteur de celui-ci. L'imprécision est entretenue par la Cour de cassation qui n'a jamais livré de réelle définition de ces deux sortes d'actes, se contentant d'énoncer, de manière très générale, qu'ils sont ceux ayant pour objet de constater les délits, d'en découvrir ou d'en convaincre les auteurs⁵²⁸⁵. Elle use, en clair, d'un critère finaliste : l'acte de procédure possède un effet interruptif lorsqu'il atteste de la volonté certaine des autorités répressives de poursuivre ou de faire évoluer la procédure⁵²⁸⁶. La doctrine a proposé une définition de l'acte interruptif résultant des nombreuses décisions rendues à ce sujet. Il s'agirait de « "tout acte de procédure régulier en la forme, accompli par des personnes compétentes et manifestant clairement leur volonté de conduire l'action publique jusqu'à son terme" »⁵²⁸⁷.

1088. L'ensemble des actes coercitifs semble pouvoir entrer dans une telle catégorie. Opposé à la mesure d'administration judiciaire ou acte de pure administration interne, l'acte coercitif s'analyse comme un acte de police, d'instruction⁵²⁸⁸ ou de juridiction. Il participe à la recherche de la vérité, à la découverte et à la connaissance des auteurs de l'infraction et aide à mettre l'affaire en état d'être jugée, peu importe la personne qui l'exécute (enquêteur, membre du ministère public, juge). Si une simple commission rogatoire délivrée par le juge d'instruction constitue par elle-même un acte d'instruction au sens de l'article 7 du C.P.P., de nature à interrompre la prescription⁵²⁸⁹, il en va de même *a fortiori* d'une mesure de garde à vue, d'une perquisition, d'une fouille de véhicule, des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, des sonorisations et fixations d'images, de la délivrance d'un mandat d'amener ou d'arrêt, de l'assignation à résidence, du placement sous contrôle judiciaire ou en détention provisoire. En un mot, tous les actes coercitifs, quelle que soit leur durée, interrompent la prescription de l'action publique. Leur exécution anéantit le temps écoulé depuis la commission de l'infraction et fait repartir un nouveau délai de prescription. Au-delà de ses

⁵²⁸⁵ V. parmi d'autres, Cass. crim., 9 mai 1936, D.H., 1936, p. 333 ; Cass. crim., 9 janv. 1958, J.C.P., 1958, II, 10537, note M. BOITARD. *Adde*, C. ETRILLARD, *Le temps (...)*, *op. cit.*, n°43 et 44, p. 53 à 55. Sur la notion d'actes d'instruction et de poursuite, V. *supra*, n°290 et s.

⁵²⁸⁶ *A contrario*, la jurisprudence tend à exclure de cette catégorie les actes qui ne manifestent pas de la part des autorités publiques une volonté claire de poursuivre ou de faire avancer le dossier, comme les plaintes et les dénonciations.

⁵²⁸⁷ A. VARINARD, note sous Cass. crim., 15 avril 1937, Cass. crim., 3 fév. 1955 et Cass. crim., 12 juill. 1972, *in* Les grands arrêts de la procédure pénale, *op. cit.*, n°8, p. 101, spéc. n°18, p. 113 et 114.

⁵²⁸⁸ Sur le plan de la prescription, l'acte de police est d'ailleurs assimilé à l'acte d'instruction.

⁵²⁸⁹ Cass. crim., 12 nov. 2008, Bull. crim., n°228 ; A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 72, obs. C. GIRAULT. La commission rogatoire interrompt la prescription, quel qu'en soit l'objet, même si elle ne tend qu'à vérifier les adresses des mis en examen et à s'assurer du respect de leurs obligations liées au contrôle judiciaire, comme en l'espèce.

nombreuses variations de durée, l'acte coercitif interrompt toujours la prescription⁵²⁹⁰. C'est une marque supplémentaire de la singularité et de l'autonomie de son régime juridique.

1089. Il n'apparaît guère surprenant que les variations de l'acte coercitif soient aussi nombreuses. Elles procèdent de causes tout à fait diverses, objectives comme subjectives et dont l'étude a permis de mettre en évidence l'ensemble des déclinaisons de cet acte. Irréductibles, de telles déclinaisons ne sont, au fond, que le reflet d'une catégorie juridique hétérogène. Des dissemblances importantes existent entre les actes coercitifs, ne serait-ce que du point de vue de leur nature. Or, toute différence de nature entraîne forcément une différence de régime. Cela étant, les deux formes principales de variation de l'acte coercitif s'avèrent canalisées. Ses déclinaisons se révèlent dépassées par un rempart de garanties et de principes directeurs, telle la préservation de la dignité des personnes concernées, de leur santé ou l'impossibilité de les détenir au-delà d'un délai raisonnable. Quelles que soient la durée et l'intensité de cet acte, des limites considérables ont été ainsi posées. Les normes supérieures jouent un rôle fondamental à ce titre. L'influence des normes constitutionnelles et conventionnelles demeure indiscutable. Elles permettent de transcender l'ensemble des déclinaisons de l'acte coercitif et, en conséquence, d'encadrer au mieux l'exercice de la coercition par les autorités publiques.

CONCLUSION DU TITRE I

1090. Malgré ses déclinaisons impossibles à effacer complètement, l'acte coercitif bénéficie d'un régime davantage uniforme que par le passé. Cette uniformisation trouve sa source dans l'apport de la norme internationale, en particulier la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et son interprétation par le juge européen. Ladite Convention pose « une sorte de modèle du procès pénal (ou en tout cas les principes directeurs de ce procès pénal modèle) et les dispositions internes contraires ou incompatibles avec ce modèle sont peu à peu écartées »⁵²⁹¹. Outre une inévitable harmonisation entre les différents systèmes judiciaires européens, il en résulte un renforcement croissant des exigences applicables à l'acte coercitif en procédure pénale. Engagée depuis environ vingt-cinq ans, l'évolution est globale et concerne toutes ces exigences : légalité,

⁵²⁹⁰ Et ce, même si la procédure pénale présente une durée excessive, car pareille durée, à la supposer établie, « ne saurait affecter l'effet interruptif de la prescription qui s'attache aux actes de poursuite (ou d'instruction) régulièrement accomplis » : Cass. crim., 26 sept. 2001, préc.

⁵²⁹¹ V. MALABAT, Les procédés de l'internationalisation du droit pénal. Rapport de synthèse, Dr. pénal, 2006, Etude n°17, spéc. n°23, à propos de l'internationalisation pour la protection des droits fondamentaux.

loyauté, proportionnalité de l'acte, garantie judiciaire, respect des droits de la défense et de ne pas contribuer à sa propre incrimination, préservation de la dignité ou de la santé des justiciables, etc⁵²⁹². L'encadrement renforcé de cet acte par des garanties procédurales et les principes fondamentaux accentue précisément la spécificité et l'autonomie de son régime juridique. La protection des libertés individuelles en profite.

1091. Comme il l'a été souligné, il faut éviter que la procédure pénale soit « effectivement l'outil le plus puissant de l'injuste » ; elle doit être, au contraire, « concrètement juste »⁵²⁹³. En ce qui concerne l'acte coercitif, une des façons de « faire en sorte que le concret se mette techniquement à l'abri le mieux possible de l'injuste grâce à l'outil procédural » semble d'assurer le droit de critique à son encontre⁵²⁹⁴. En d'autres termes, il s'agit de prévoir des recours vis-à-vis d'un tel acte. L'intérêt d'étudier la contestation de l'acte coercitif se profile. Celle-ci forme une garantie essentielle pour le justiciable qui peut demander et, le cas échéant, obtenir la réformation ou l'annulation de l'acte vicié ou injustifié. D'un point de vue plus théorique, elle va permettre de vérifier, là encore, l'autonomie et le caractère protecteur du régime de l'acte coercitif.

⁵²⁹² Rapp., R. DE GOUTTES, L'apport de la norme internationale à la cohérence de la procédure pénale et à « l'humanisme processuel », in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges S. GUINCHARD, Dalloz, 2010, p. 927 et s., spéc. p. 934 et 935, sous l'angle du renforcement de tout un ensemble de droits : droit à la liberté et à la sûreté, droit à la dignité, droit au respect de la vie privée et droit au procès équitable. « A travers l'ensemble de ces droits garantis par les normes internationales, il n'est pas exagéré de dire que s'est édifié un véritable rempart de protection des droits de l'homme contre l'arbitraire éventuel de l'Etat ».

⁵²⁹³ M.-A. FRISON-ROCHE, La procédure injuste, in *De l'injuste au juste*, Dalloz, 1997, M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES (dir.), p. 77 et s., not. p. 78.

⁵²⁹⁴ *Ibid.*

TITRE II : LA CONTESTATION DE L'ACTE COERCITIF

1092. Dans sa fameuse décision *Golder* de 1975⁵²⁹⁵, la Cour de Strasbourg a dégagé le droit au juge de l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, affirmant que ce texte consacre « le “droit à un tribunal”, dont le droit d'accès (...) ne constitue qu'un aspect »⁵²⁹⁶. Relevant de l'ordre public européen⁵²⁹⁷, ce droit a pour corollaire celui d'introduire un recours ou d'exercer les voies de recours⁵²⁹⁸, non expressément garanti par l'article 6 §1 de ladite Convention, mais auquel ces stipulations conventionnelles s'appliquent dès lors que des voies de recours sont instituées⁵²⁹⁹. Au sein de la Convention, celui-ci apparaît garanti par ses articles 5 §4 et 13 et par l'article 2 §1 du Protocole additionnel n°7⁵³⁰⁰. Comme il existerait « un droit de contestation homogène et uniforme durant le procès pénal » consistant à remettre en cause une décision judiciaire⁵³⁰¹, il va falloir soumettre l'acte coercitif à l'épreuve de ce droit ; étudier comment et dans quelle mesure il peut faire l'objet de recours.

1093. D'un point de vue conceptuel, les actes coercitifs s'opposent aux mesures d'administration judiciaire. Il est acquis que ces dernières constituent des actes faisant peu, voire pas grief, en tout cas qui n'intéressent pas les droits des parties comme se plaît à le répéter la Cour de cassation. Elles demeurent insusceptibles de recours, caractéristique principale et singulière de leur régime juridique. L'acte coercitif occasionne, lui, un grief spécifique : une atteinte aux libertés individuelles. Il s'agit, en cela, d'une notion opposée à la mesure d'administration judiciaire. Le critère fondamental des deux notions se révèle contraire. Cette différence de nature de l'acte coercitif se répercute sur son régime. Elle légitime l'exercice systématique du droit de critique à son encontre, dans la mesure où il génère un grief grave. Il semble logique de pouvoir en contester la légalité ou l'opportunité.

⁵²⁹⁵ CEDH, 21 fév. 1975, *Golder / Royaume-Uni*, préc., §36.

⁵²⁹⁶ Sur l'accès à la justice, droit fondamental européen : J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Droit au juge, accès à la justice européenne*, Pouvoirs, 2001, n°96, p. 123 et s., spéc. p. 124 à 132.

⁵²⁹⁷ Pour la Cour européenne, « la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux » (CEDH, 21 fév. 1975, *Golder*, préc., §34). Sur la consécration formelle de la notion d'ordre public européen : CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou / Turquie*, n°15318/89, §75. V. L. MILANO, *Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne*, R.T.D.H., 2008, p. 1059 et s., spéc. 1080 à 1084.

⁵²⁹⁸ En ce sens aussi : D. KARSENTY, *Le droit au procès équitable (...)*, *op. cit.*, p. 115.

⁵²⁹⁹ CEDH, 17 janv. 1970, *Delcourt / Belgique*, n°2689/65, §25. Sur ce point, L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention (...)*, *op. cit.*, n°390 et s., p. 312 et s.

⁵³⁰⁰ Cet article 2, §1, du Protocole additionnel n°7 susvisé précise que « toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation. L'exercice de ce droit, y compris les motifs pour lesquels il peut être exercé, est régi par la loi ». La lettre de ce texte exclut l'application de l'exigence du double degré de juridiction aux jugements d'avant dire droit et aux décisions des juridictions d'instruction lors de la mise en état du procès. Il intéresse la seule répression pénale et ne s'applique pas à l'acte coercitif. En dehors de la Convention : V. not., art. 2 §3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 ; art. 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

⁵³⁰¹ V. CHAPPELLE-BOUCHARD, *Le droit de recours en matière pénale : Contribution (...)*, *op. cit.*, n°13, p. 8.

1094. La contestation de l'acte coercitif emprunte alors deux formes essentielles. Elle se divise suivant qu'il entraîne la commission d'une infraction pénale ou non. Il convient de distinguer l'acte coercitif injustifié, d'une part, de l'acte coercitif illégal et abusif, d'autre part. Appliquée par la doctrine à la détention provisoire, la distinction permet de cerner des notions différentes⁵³⁰². L'acte coercitif illégal s'apparente à un acte arbitraire, constitutif d'une infraction pénale⁵³⁰³. Ce sont notamment les abus d'autorité commis contre les particuliers, prévus et réprimés par les articles 432-4 à 432-6 du Code pénal⁵³⁰⁴, les atteintes à l'inviolabilité du domicile⁵³⁰⁵ ou celles relatives au secret des correspondances⁵³⁰⁶. Le délit ne peut être caractérisé « que dans l'hypothèse où le défaut atteindrait substantiellement le droit ou la manière de mettre en œuvre la mesure : ainsi d'une garde à vue ordonnée par un simple agent de police judiciaire, au-delà du temps alloué par les textes, voire à l'égard d'un témoin non soupçonné »⁵³⁰⁷. L'acte coercitif injustifié ne suppose pas l'utilisation illégale ou abusive de la coercition par les autorités publiques, constitutive d'une infraction. Il s'agit d'une irrégularité qui l'affecte ou d'un défaut de nécessité ou proportionnalité de celui-ci. Quoi qu'il en soit, dans les deux cas les justiciables peuvent le contester, compte tenu de l'atteinte portée à leurs libertés. Afin d'appréhender l'ensemble des modes de contestation de l'acte coercitif, l'hypothèse classique sera d'abord étudiée. Elle concerne la contestation de cet acte non constitutif d'une infraction (CHAPITRE 1). Puis, il faudra s'intéresser au cas particulier de sa contestation lorsqu'il constitue une infraction pénale (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1 : LA CONTESTATION DE L'ACTE COERCITIF NON CONSTITUTIF D'UNE INFRACTION PENALE

1095. La plupart du temps, l'acte coercitif exécuté en procédure pénale ne tombe pas sous le coup d'une incrimination et ne fait encourir aucune condamnation à son auteur. Il n'empêche qu'il peut être critiqué de manière systématique. C'est son mode de contestation ordinaire. Celui-ci s'analyse comme un acte de police, d'instruction ou de juridiction. Sa nature hétérogène entraîne des conséquences inéluctables sur son régime juridique. En particulier, les recours exercés à l'endroit de cet acte s'avèrent différents. Ils ne sauraient être identiques, puisque « l'objet naturel d'un recours c'est

⁵³⁰² S. CIMAMONTI, La détention provisoire injustifiée, *op. cit.*, n°3 et s., p. 148 et s.

⁵³⁰³ Est arbitraire « l'atteinte qui intervient de la part de personnes qualifiées se prévalant fausement du pouvoir idoine, ou en dehors des cas et limites prévus par la loi, ou encore sans que les formes prescrites par celle-ci aient été respectées » : S. DETRAZ, note sous Cass. crim., 8 fév. 2012, D., 2012, p. 723, spéc. p. 726.

⁵³⁰⁴ *Adde*, art. 126 et 725 du C.P.P.

⁵³⁰⁵ Art. 432-8 du C.P.

⁵³⁰⁶ Art. 432-9 du C.P.

⁵³⁰⁷ S. DETRAZ, note préc. sous Cass. crim., 8 fév. 2012, spéc. p. 727.

l'anéantissement de la décision illégale, mais on sait que certains ne s'y limitent pas et débouchent sur sa réformation »⁵³⁰⁸. Pour l'essentiel, ce sont les requêtes en annulation dirigées contre les actes d'investigation judiciaires, telles les vérifications d'identité, les gardes à vue, les fouilles de véhicules, les perquisitions et saisies, les interceptions téléphoniques... Il s'agit également de la voie de l'appel permettant de contester les décisions juridictionnelles, comme le placement ou la prolongation de la détention provisoire, les refus de mise en liberté, ceux de mainlevée du contrôle judiciaire, etc.

1096. Au-delà des différents modes de contestation de l'acte coercitif, que la critique porte sur sa régularité ou consiste à remettre en cause son bien-fondé, le justiciable semble jouir d'une seule et même prérogative procédurale : le droit de recours en matière pénale⁵³⁰⁹. L'exercice des recours sert en fin de compte à réaliser un « contrôle efficace » de l'acte au sens européen. Le Cour européenne des droits de l'homme prohibe d'ailleurs toute solution légale ou jurisprudentielle qui aboutit à empêcher une personne subissant un acte coercitif de bénéficier du contrôle de légalité et de nécessité offerts par la Convention, au seul motif que l'acte a été décidé par un magistrat⁵³¹⁰. Elle fait montre d'une vigilance accrue en ce domaine, de sorte que l'exigence de contestation de l'acte coercitif se révèle aujourd'hui impérieuse (**Section I**), pour reprendre l'une de ses expressions. Si appréciable soit-elle, cette évolution ne saurait cependant dissimuler les faiblesses persistantes d'une telle contestation (**Section II**).

Section I – L'exigence impérieuse de contestation de l'acte coercitif

1097. Organiser, en toute hypothèse, un recours contre l'acte coercitif paraît naturel, compte tenu de la gravité particulière de cet acte. Mieux, cette exigence s'impose, en ce sens qu'elle se justifie pleinement. Elle peut dès lors être qualifiée d'« impérieuse ». Le recours en question repose sur des fondements substantiels (§1). Il possède en outre des caractéristiques essentielles (§2). Lui étant propres, l'économie de leur étude ne saurait être faite.

§1 – Les fondements substantiels du recours exercé

1098. La possibilité d'exercer un recours effectif à l'encontre de l'acte coercitif ne procède pas, *a priori*, d'un seul fondement. Elle trouve deux justifications distinctes. D'un côté, ce recours est imposé

⁵³⁰⁸ H. CROZE, Au-delà du droit processuel (...), *op. cit.*, n°36, p. 139.

⁵³⁰⁹ V. BOUCHARD, Le droit de recours en matière pénale, Petites affiches, 21 juin 2002, p. 11 et s., spéc. p. 14. Il s'agit d'un des aspects du droit au juge, dont l'ampleur permet « d'envahir la fonction juridictionnelle dans son ensemble » : J. RIDEAU, Le droit au juge : conquête et instrument de l'Etat de droit, *in* Le droit au juge dans l'Union européenne, L.G.D.J., 1998, J. RIDEAU (dir.), p. 3 et s., not. p. 7.

⁵³¹⁰ CEDH, 29 mars 2005, *Matheron / France*, n°57752/00, préc., §40.

par les normes dites supérieures (A). D'un autre côté, il forme l'un des traits singuliers du régime de l'acte coercitif. Ce trait se déduit de cette notion même (B).

A – Un recours imposé par les normes supérieures

1099. Tant les normes constitutionnelles (1°) que conventionnelles (2°) semblent requérir l'octroi d'un recours effectif à la personne soumise à la coercition.

1°- Les normes constitutionnelles

1100. Le droit d'exercer un recours devant une juridiction a été progressivement dégagé par le Conseil constitutionnel. Ce dernier a, au départ, visé les « garanties juridictionnelles de droit commun », « les droits de recours des intéressés » ou « les garanties de recours »⁵³¹¹. Puis, se fondant sur l'article 16 de la Déclaration de 1789, il a affirmé la valeur constitutionnelle du droit à un recours juridictionnel effectif⁵³¹². Une telle reconnaissance contraste avec ce qu'il a décidé pour le principe du double degré de juridiction⁵³¹³. Elle apparaît néanmoins logique, car « pour transposer au droit interne la motivation de l'arrêt *Golder*, on ne comprendrait pas que le Conseil constitutionnel français assure aux personnes des garanties de procédure juridictionnelle et consacre le principe, formulé par l'article 66 de la Constitution française, selon lequel "l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle", sans reconnaître parallèlement, le droit au recours juridictionnel en vue de la protection des droits fondamentaux »⁵³¹⁴. Appliquée en matière pénale, notamment en droit des étrangers, cette

⁵³¹¹ V. C.C., 3 sept. 1986, n°86-216 DC, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, J.O. du 5 sept. 1986, p. 10790, cons. 14 ; C.C., 13 août 1993, n°93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, J.O. du 18 août 1993, p. 11722, cons. 45, 52, 63, 66 et 91 ; R.F.D.A., 1993, p. 871, note B. GENEVOIS.

⁵³¹² V. déjà, C.C., 21 janv. 1994, n°93-335 DC, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, J.O. du 26 janv. 1994, p. 1382, cons. 4 ; V. surtout, C.C., 9 avril 1996, n°96-373 DC, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, J.O. du 13 avril 1996, p. 5724, cons. 83 et 85 ; A.J.D.A., 1996, doct., p. 371, obs. O. SCHRAMECK ; Petites affiches, 4 sept. 1996, p. 6, obs. B. MATHIEU et M. VERPEAUX. La solution a été confirmée à de nombreuses reprises : V. par ex., C.C., 19 janv. 2006, n°2005-532 DC, préc., cons. 11 et 12 ; C.C., 27 juill. 2006, n°2006-540 DC, *Loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, J.O. du 3 août 2006, p. 11541, cons. 11 ; C.C., Q.P.C., 4 avril 2013, n°2013-314P, *M. Jeremy F.*, J.O. du 7 avril 2013, p. 5799, cons. 4 ; J.C.P., 2013, 623, chron., spéc. n°22, obs. B. MATHIEU ; Rev. sc. crim., 2013, chron., p. 903, obs. B. DE LAMY ; C.C., Q.P.C., 31 janv. 2014, n°2013-363, *M. Michel P.*, J.O. du 2 fév. 2014, p. 1989, cons. 4. *Adde*, D. CHAGNOLLAUD, Droit pénal et droit constitutionnel : sur un couple uni, in Code pénal et Code d'instruction criminelle. Livre du bicentenaire, Dalloz, 2010, p. 83 et s., not. p. 84, pour qui la consécration du droit à un recours juridictionnel effectif « s'inspire en réalité de l'article 6 de la Convention ».

⁵³¹³ Ce principe n'a pas, en lui-même, valeur constitutionnelle : C.C., 12 fév. 2004, n°2004-491 DC, *Loi complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française*, J.O. du 2 mars 2004, p. 4227, cons. 4. V. déjà, à cet égard, N. MOLFESSIS, La protection constitutionnelle, in Justice et double degré de juridiction, Justices, 1996, n°4, p. 17 et s.

⁵³¹⁴ T.-S. RENOUX, Le droit au recours juridictionnel en droit constitutionnel français, Mélanges J. VELU, t. I, Bruylant, 1992, p. 307 et s., spéc. p. 313.

garantie doit être étendue aux actes coercitifs exécutés en procédure pénale⁵³¹⁵. Plusieurs arguments étayent ce raisonnement.

1101. En premier lieu, la jurisprudence constitutionnelle adopte une formulation très large à propos du droit au recours devant un juge. Elle pose un principe général, évoquant que « la bonne administration de la justice commande que l'exercice d'une voie de recours appropriée assure la garantie effective des droits des intéressés »⁵³¹⁶, ou qu' « en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction »⁵³¹⁷. Compte tenu de la généralité de ces formules, on ne saisis pas ce qui permettrait de refuser l'application de cette exigence à l'acte coercitif. L'écarter semble parfaitement injustifié en la matière. Accompli en procédure pénale, l'acte coercitif attente, en deuxième lieu, à des libertés bénéficiant de la protection constitutionnelle, comme la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir et le droit à l'inviolabilité du domicile. Or, diverses mesures coercitives affectent ces mêmes droits et libertés dans d'autres domaines que la procédure pénale et un droit au recours juridictionnel est précisément envisagé dans ces cas. Le droit des étrangers⁵³¹⁸ ou la lutte contre la fraude fiscale⁵³¹⁹ l'atteste. Il n'y a donc aucune raison sérieuse de soustraire l'acte coercitif exécuté dans ce cadre juridique à la garantie en question⁵³²⁰.

1102. Il convient, en troisième lieu, d'ouvrir au bénéficiaire du justiciable un recours effectif contre l'acte coercitif diligenté en procédure pénale, parce qu'un tel recours existe lorsqu'il s'agit de contester une sanction ayant le caractère d'une punition⁵³²¹, ou encore une mesure de police

⁵³¹⁵ V. en effet, C.C., 3 sept. 1986, n°86-216 DC, préc., cons. 9 et 10 (possibilité de recours juridictionnel devant le tribunal administratif en cas de mesure de reconduite à la frontière) ; C.C., 13 août 1993, n°93-325 DC, préc., cons. 16 (contrôle indispensable des juridictions compétentes en matière de contrôles et vérifications d'identité).

⁵³¹⁶ C.C., 28 juill. 1989, n°89-261 DC, préc., cons. 29.

⁵³¹⁷ C.C., 9 avril 1996, n°96-373 DC, préc., cons. 83 ; C.C., Q.P.C., 25 oct. 2013, n°2013-350, *Commune du Pré-Saint-Gervais*, J.O. du 27 oct. 2013, p. 17556, cons. 4 ; R.P.D.P., 2014, chron., p. 112, obs. T.-S. RENOUX et X. MAGNON.

⁵³¹⁸ C.C., 13 août 1993, n°93-325 DC, préc., cons. 3, précisant que les étrangers doivent jouir de « l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés » (la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, etc).

⁵³¹⁹ C.C., 29 déc. 1989, n°89-268 DC, préc., cons. 95 et 96.

⁵³²⁰ V. justement : Cass. crim., 28 janv. 2014, Bull. crim., n°26, à propos d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article L. 8271-13 du Code du travail renvoyée au Conseil constitutionnel, qui a jugé cet article contraire à la Constitution et notamment aux exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789, en l'absence de voies de recours appropriées, mais reportant l'abrogation au 1^{er} janvier 2015 : C.C., Q.P.C., 4 avril 2014, n°2014-387, *M. Jacques J.*, J.O. du 5 avril 2014, p. 6480, cons. 7 et 9 ; Dr. pénal, 2014, comm. n°96, note J.-H. ROBERT ; Procédures, 2014, comm. n°187, obs. J. BUISSON ; Rev. sc. crim., 2014, p. 361, obs. A. CERF-HOLLENDER. En l'absence de mise en œuvre de l'action publique conduisant à la mise en cause de la personne intéressée, aucune voie de droit ne lui permettait de contester l'autorisation donnée par le président du tribunal de grande instance (ou son délégué) et la régularité des opérations de visite domiciliaire, perquisition ou saisie mises en œuvre. V. aussi, C.C., Q.P.C., 11 avril 2014, n°2014-390, préc., dont l'abrogation du quatrième alinéa de l'article 41-4 du C.P.P. a entraîné un amendement, adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, au projet de loi de modernisation et de simplification du droit et des procédures, pour encadrer la destruction des scellés par un droit de recours dans des délais courts (AN, projet de loi, TA n°324, 16 avril 2014, art. 8) ; V. également, C.C., Q.P.C., 21 mars 2014, n°2014-375 et autres, préc., prononçant la censure des articles L. 943-4 et L. 943-5 du Code rural et de la pêche maritime, lesquels ne prévoyaient pas de voie de droit permettant la remise en cause de la décision du juge autorisant la saisie d'un navire et fixant le cautionnement ; Cass. crim., 6 mai 2014, n°13-83203, E.C.P.B., prononçant la cassation, l'auteur de la requête en restitution d'un véhicule ayant été empêché « d'exercer son droit à un recours effectif ».

⁵³²¹ C.C., 27 juill. 2006, n°2006-540 DC, préc., cons. 11.

administrative⁵³²². Eu égard à la gravité de cet acte pour les libertés individuelles, lui appliquer ce régime juridique s'avère indispensable. La sauvegarde effective des droits et libertés constitutionnellement protégés suppose que la personne assujettie à la coercition puisse avoir accès à un juge qui sanctionne toute violation éventuelle de ses droits⁵³²³. Chargé de contrôler le respect de ceux-ci, le juge représente ainsi « l'agent ordinaire de l'application du droit et de l'effectivité des droits »⁵³²⁴. Les normes constitutionnelles imposent finalement d'offrir un recours juridictionnel à l'individu subissant un acte coercitif. Depuis la décision n°2014-387 du 4 avril 2014 (Q.P.C.), cette obligation s'est renforcée. Si l'on raisonne à partir du motif pour lequel l'article L. 8271-13 du Code du travail a été censuré, un recours devrait être prévu contre un tel acte accompli lors des enquêtes de police, même en l'absence de mise en mouvement ultérieure de l'action publique⁵³²⁵. Cette décision « ouvre la voie à une contestation de la constitutionnalité de l'ensemble des articles du Code de procédure pénale qui autorise les forces de police à accomplir, en enquête préliminaire ou de flagrance, les gardes à vue, perquisitions et saisies. La décision du Conseil condamne aussi le régime de l'information judiciaire, étant donné qu'il ne permet pas de contester certaines décisions du juge d'instruction portant atteinte à des droits et libertés fondamentaux. Les justiciables n'ont pas de recours, par exemple, contre les ordonnances en matière de perquisitions ou d'interceptions de communications »⁵³²⁶. Véritable « séisme sur la procédure pénale », cette décision ne fait que renforcer la thèse selon laquelle un recours doit toujours être ouvert contre l'acte coercitif. Les normes conventionnelles l'exigent également. Il est vrai qu'avec le droit au recours juridictionnel, « on se trouve au cœur de l'une de ces "zones frontalières" qui n'appartiennent en propre ni au droit interne ni au droit européen, mais constituent *le fonds commun des Etats de droit* »⁵³²⁷.

2°- Les normes conventionnelles

1103. Le droit européen permet au justiciable de former un recours afin de dénoncer l'ingérence dans ses droits et libertés fondamentaux, autrement dit contre l'acte coercitif auquel procèdent les

⁵³²² C.C., 19 janv. 2006, n°2005-532 DC, préc., cons. 11 et 12.

⁵³²³ Rapp., T.-S. RENOUX, La constitutionnalisation du droit au juge en France, in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, L.G.D.J., 1998, J. RIDEAU (dir.), p. 109 et s., not. p. 117.

⁵³²⁴ W. BARANES, M.-A. FRISON-ROCHE, Le souci de l'effectivité du droit, D., 1996, chron., p. 301 et s., not. n°4, p. 301 et n°12, p. 302. Ils notent également que « le droit au juge ainsi constitutionnellement consacré contient le droit au jugement. Le juge est désormais la clef de voûte du système juridique, puisqu'il est le maître de l'effectivité des droits et des lois » ; M.-A. FRISON-ROCHE, W. BARANES, Le principe constitutionnel de l'accessibilité (...), *op. cit.*, n°28 et 29, p. 365.

⁵³²⁵ V. D. REBUT, Juge constitutionnel. Séisme sur la procédure pénale, J.C.P., 2014, 598. En l'absence de voie de recours contre les actes coercitifs diligentés lors d'une enquête de police et en l'absence de poursuites ultérieures, les articles du Code de procédure pénale relatifs à ces actes seraient donc inconstitutionnels.

⁵³²⁶ *Ibid.* L'auteur précise que la chambre criminelle refuse que leurs motifs fassent l'objet d'un contrôle pour n'autoriser que celui de leur exécution. Un autre commentateur de la décision apparaît toutefois plus réservé en raison de la possibilité du recours en nullité de l'article 173 du Code de procédure pénale (J.-H. ROBERT, note sous C.C., Q.P.C., 4 avril 2014, Dr. pénal, 2014, comm. n°96).

⁵³²⁷ T.-S. RENOUX, Le droit au recours juridictionnel, J.C.P., 1993, I, 3675, n°1 (l'auteur souligne).

autorités publiques⁵³²⁸. Les textes qui admettent la contestation des actes coercitifs sont les articles 5 §4, d'une part, et 8 combiné à 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, d'autre part. De tels actes attentent, à titre essentiel, à la liberté et à la sûreté ainsi qu'à l'inviolabilité du domicile et au respect de la vie privée. Dès l'arrêt *Golder* précité, la Cour européenne a pris soin de distinguer l'article 6 §1 de ladite Convention de ses articles 5 §4 et 13⁵³²⁹. En raison de la généralité de son titulaire et de son contenu, l'article 6 §1 fonde le droit à un tribunal au sens de la Convention, tandis que les garanties procédurales des articles 5 §4 et 13 sont destinées à assurer le respect des droits substantiels qu'elle énonce⁵³³⁰. En l'occurrence, la liberté, la vie privée et l'inviolabilité du domicile se révèlent évidemment concernées, puisqu'elles sont altérées lors de l'exécution des actes coercitifs. Il apparaît alors nécessaire d'étudier ces deux dispositions justifiant le recours contre ceux-ci.

1104. L'article 5 §4 stipule que « toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale »⁵³³¹. Ces dispositions prévoient une protection fondamentale contre les arrestations et détentions arbitraires, indépendamment du motif pour lequel l'individu se trouve privé de liberté⁵³³². Elles forment « la garantie judiciaire », « véritable "habeas corpus" européen »⁵³³³. Distincte de la garantie formulée à l'article 5 §3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme⁵³³⁴, celle énumérée au paragraphe 4 demeure une garantie supplémentaire. Ces deux exigences différentes sont, en d'autres termes, cumulatives⁵³³⁵. Le contrôle judiciaire organisé à l'article 5 §3 doit être automatique. Celui prévu à l'article 5 §4 ne l'est pas, il suppose l'introduction d'une requête par la personne détenue. Il s'avère en outre beaucoup plus large, puisqu'il bénéficie à tout individu privé de liberté et quel que soit l'organe à l'origine de la

⁵³²⁸ Sur la consécration du droit au recours juridictionnel effectif en droit communautaire : CJCE, 15 mai 1986, aff. 222-84, *Dame Johnston*, D., 1986, I.R., p. 454, obs. L. CARTOU. Selon la Cour de justice, « la protection juridictionnelle des droits fait partie des principes généraux du droit qui trouvent leur base dans les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ».

⁵³²⁹ CEDH, 21 fév. 1975, *Golder / Royaume-Uni*, préc., §33.

⁵³³⁰ L. MILANO, Le droit à un tribunal (...), *op. cit.*, n°7, p. 6 à n°9, p. 9. Sur l'articulation de ces différents textes, J.-F. RENUCCI, Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l'homme, in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, L.G.D.J., 1998, J. RIDEAU (dir.), p. 131 et s., not. p. 138.

⁵³³¹ V. aussi, art. 9 §4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 : « Quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ». La seule différence entre les deux textes concerne donc le délai : là où la Convention évoque un recours à « bref délai », le Pacte l'exige, lui, « sans délai », ce qui apparaît davantage contraignant.

⁵³³² Ce texte intéresse bien la procédure pénale, en particulier la privation de liberté d'une personne soupçonnée d'avoir commis ou tenté de commettre une infraction, ou encore d'y avoir participé en tant que complice. Mais il ne se limite pas à la procédure pénale, c'est un texte très général applicable à toute mesure privative de liberté, quelle que soit sa nature juridique (sanction pénale, sanction administrative, mesure de police, mesure de sûreté, mesure éducative...). Il concerne donc les étrangers, les personnes internées, etc.

⁵³³³ M. DELMAS-MARTY, Contraintes européennes et politique criminelle, R.T.D.H., 1992, p. 427 et s., spéc. p. 437.

⁵³³⁴ Sur l'étude de cette garantie, combinée à l'article 5 §1 c) de la Convention, V. *supra*, n°714 et s.

⁵³³⁵ CEDH, 22 mai 1984, *De Jong, Baljet et Van den Brink / Pays-Bas*, préc., §57. Cela justifie d'avoir traité la garantie de l'article 5 §3 dans le premier chapitre de la seconde partie et d'examiner maintenant celle de l'article 5 §4, dans le cadre des recours ouverts contre l'acte coercitif.

décision⁵³³⁶. Enfin, seul le « tribunal » chargé du recours formé contre la mesure (article 5 §4) soulève la question de l'indépendance. Le magistrat chargé du contrôle immédiat et sommaire de l'arrestation et de la détention (article 5 §3) pose, lui, celle de son impartialité à raison du cumul de fonctions judiciaires successives⁵³³⁷.

1105. Distingué de la sorte de l'article 5 §3 de la Convention, le paragraphe 4 connaît une extension notable de son champ d'application. Il faut souligner que l'article 5 §4 s'applique à plusieurs actes coercitifs. Il concerne toute privation de liberté, même la garde à vue du suspect⁵³³⁸. Ses prescriptions visent encore la personne placée sous écrou extraditionnel⁵³³⁹. Elles doivent être appliquées lorsqu'une mesure d'assignation à résidence se transforme en détention provisoire classique, car il existe un nouvel ordre de détention, au regard des conditions de détention modifiées, justifiant un recours pour contester la légalité de la privation de liberté⁵³⁴⁰. Le champ d'application des exigences de ce texte a même été étendu au contentieux du cautionnement. Selon la Cour européenne, l'appel du ministère public entraîne la suspension de l'exécution de la libération. Pareille décision met en cause le droit à la liberté du détenu et c'est pourquoi l'article 5 §4 s'applique à une décision qui risque de compromettre une libération⁵³⁴¹.

1106. Ce texte apparaît par ailleurs comme la *lex specialis* en ce qui concerne le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de l'acte coercitif. A partir du moment où le requérant argue de la violation de son droit à la liberté et à la sûreté, l'examen du grief se pratique sous l'angle de l'article 5 §4, non sous celui de l'article 13 de la Convention⁵³⁴². Ce dernier assure pourtant le droit à un recours effectif⁵³⁴³. Mais ce droit reste subsidiaire. Sa mise en œuvre a été

⁵³³⁶ Encore une fois, l'article 5 §3 ne vise que la personne arrêtée et détenue avant jugement en raison des soupçons pesant à son égard d'avoir commis une infraction.

⁵³³⁷ S. GUINCHARD, Indépendance et impartialité du juge (...), *op. cit.*, n°9, p. 17 et 18.

⁵³³⁸ V. Commission déc., 6 déc. 1984, req. jointes n°9863/82 et 10924/84, *Dobbertin / France*, D.R., 39, p. 39 et s., cité par R. KOERING-JOULIN, Article 5 §4, in *La Convention européenne des droits de l'homme*. Commentaire article par article, L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), Economica, 2^{ème} éd., 1999, p. 229 et s. ; CEDH, 16 juin 2009, *Aytan et Ömer Polat / Turquie*, n°43526/02, §27 et 28, 33 et 34 ; R.I.D.P., 2009, p. 618, n°11, obs. L. MORTET ; CEDH, 20 oct. 2009, *Yunus Aktas et autres / Turquie*, n°24744/03, §34 à 36 ; R.I.D.P., 2010, p. 332 et 333, n°17, obs. L. MORTET. *Contra*, J.-Y. LASSALLE, Les délais de la Convention européenne (...), *op. cit.*, p. 271, expliquant que l'article 5 §4 ne peut s'appliquer aux privations de liberté de courte durée (vérification d'identité, garde à vue), car le recours se révèle inopérant, la détention cessant avant qu'une décision puisse intervenir.

⁵³³⁹ CEDH, 11 oct. 2007, *Nasrulloev / Turquie*, n°656/06 (en anglais) ; R.I.D.P., 2008, p. 212, obs. L. MORTET. Il s'agissait, en l'espèce, d'une détention extraditionnelle ayant duré trois ans et durant laquelle le requérant n'a pu bénéficier d'un recours pour contrôler la légalité de sa détention !

⁵³⁴⁰ CEDH, 25 mars 2010, *Mitreski / « L'Ex-République Yougoslave de Macédoine »*, n°11621/09 (en anglais), §31 ; R.I.D.P., 2010, p. 333, n°17, obs. L. MORTET.

⁵³⁴¹ CEDH, 30 mars 2010, *Allen / Royaume-Uni*, n°18837/06 (en anglais), §44 et s. ; R.I.D.P., 2010, p. 333, n°18, obs. L. MORTET.

⁵³⁴² CEDH (Gr. ch.), 28 oct. 1994, *Murray / Royaume-Uni*, n°14310/88, §98 ; J.C.P., 1995, I, 3823, n°11, obs. F. SUDRE ; CEDH (Gr. ch.), 15 nov. 1996, *Chahal / Royaume-Uni*, n°22414/93, §126 ; J.C.P., 1997, I, 4000, n°44, obs. F. SUDRE ; CEDH, 14 nov. 2013, *M.D. / Belgique*, n°56028/10, §32.

⁵³⁴³ Art. 13 : « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

obérée par la théorie dite de l'absorption⁵³⁴⁴. En effet, « l'article 13 n'intervient que dans les cas où la Convention n'offre pas un recours plus solide, soit un recours judiciaire. Lorsque les articles 6 §1 et 5 §4 organisent formellement un recours judiciaire, l'article 13, qui garantit un recours beaucoup plus faible, ne saurait être appliqué simultanément. Il ne saurait non plus être superposé à ces dispositions. Il serait absurde d'exiger d'un Etat qu'il introduise un droit de recours devant une instance nationale en vertu de l'article 13 en l'absence du recours judiciaire, qui est déjà exigé. L'article 13 ne peut s'appliquer qu'aux cas où un recours plus faible qu'un recours judiciaire suffit à satisfaire aux autres dispositions de la Convention... »⁵³⁴⁵. La *lex generalis* inscrite à l'article 13 s'efface devant certaines normes, notamment les articles 5 §4 ou 6 §1 de la Convention.

1107. Mais si l'article 5 §4 s'impose naturellement lorsque l'acte coercitif constitue une privation de liberté, ses dispositions se montrent inadaptées lorsque celui-ci prend la forme d'une perquisition, d'une sonorisation ou d'interceptions téléphoniques. Pour de tels actes attentatoires au droit à la vie privée, le juge européen vérifie l'effectivité du recours formé à leur rencontre sous l'angle de l'article 13 de la Convention en utilisant la même logique que celle employée dans le cadre de l'article 8⁵³⁴⁶, voire au moyen d'une combinaison des deux dispositions⁵³⁴⁷. Exigeant un recours interne, l'article 13 s'applique à condition que l'individu présente un « grief défendable » au regard de la Convention, non une doléance injustifiée⁵³⁴⁸. Les actes coercitifs susmentionnés doivent précisément être regardés comme des ingérences dans l'exercice du droit au respect de son domicile ou de sa vie privée⁵³⁴⁹. Ils occasionnent un grief important aux personnes qu'ils atteignent. Dans ces conditions, celles-ci doivent bénéficier d'un recours effectif habilitant l'instance nationale à connaître de ce grief et à offrir le redressement approprié. Refuser la possibilité de contester un acte coercitif méconnaîtrait ainsi les normes conventionnelles, en particulier les articles 5 §4 et 13. Et ce n'est pas parce qu'un magistrat

⁵³⁴⁴ V. J.-F. FLAUSS, *Le droit à un recours effectif (...)*, *op. cit.*, p. 325.

⁵³⁴⁵ Opinion séparée de M. FROWEIN, membre de la Commission, à laquelle se rallient MM. TRECHSEL, MELCHIOR et SAMPAIO, dans l'affaire *Sporrong et Lönnroth / Suède*, req. n°7151/75 et 7152/75. Rapport de la Commission du 8 oct. 1980, citée par J.-F. FLAUSS, *in Le droit à un recours effectif (...)*, *op. cit.*, p. 325, l'auteur mentionnant du reste en note des applications de la théorie de l'absorption. V. aussi, D. DE BRUYN, *Le droit à un recours effectif*, Mélanges P. LAMBERT, Bruylant, 2000, p. 185 et s., spéc. p. 194 et 195.

⁵³⁴⁶ CEDH, 6 sept. 1978, *Klass et autres / Allemagne*, préc., §61 et s., spéc. §64 (recours effectif devant une instance nationale). A cet égard, P. WACHSMANN, *La prééminence du droit (...)*, *op. cit.*, p. 278, selon qui cette appréciation idéalise le recours au juge et conduit à une certaine marginalisation de l'article 13.

⁵³⁴⁷ CEDH, 16 déc. 1997, *Camenzind / Suisse*, n°136/1996/755/954, §51 à 57, à propos d'une perquisition pour laquelle l'individu n'a pas bénéficié d'un « recours effectif » pour faire valoir son grief tiré de l'article 8 de la Convention. Selon la Cour, il y a violation de l'article 13 de la Convention, combiné avec l'article 8, et bien qu'elle ait jugé que l'article 8 a été respecté en l'espèce. Sur ce point, D. DE BRUYN, *op. cit.*, p. 192. *Adde*, CEDH, 25 mars 1983, *Silver et autres / Royaume-Uni*, préc., §118 et 119.

⁵³⁴⁸ Sur la condition du grief défendable (ou « grief plausible » auparavant) : CEDH, 27 avril 1988, *Boyle et Rice / Royaume-Uni*, n°9659/82, 9658/82, §52 ; CEDH, 21 juin 1988, *Plattform « Ärzte für das Leben » / Autriche*, n°10126/82, §24 et s. ; CEDH, 27 janv. 2005, *Ramirez Sanchez / France*, préc. ; CEDH, 10 nov. 2011, *Plathey / France*, préc., §72 ; J.-F. FLAUSS, *La condition du « grief défendable » dans le cadre de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Petites affiches, 10 nov. 1989, p. 15 et s., expliquant cette condition par le souci de contenir le contentieux fondé sur l'article 13 de la Convention.

⁵³⁴⁹ V. not., CEDH, 16 déc. 1997, *Camenzind / Suisse*, préc., §53, relevant qu'en l'espèce le caractère « défendable » du grief tiré de l'article 8 ne fait pas de doute puisqu'elle a jugé que la perquisition litigieuse s'analyse en une ingérence dans l'exercice du droit de M. *Camenzind* au respect de son domicile.

ordonne et contrôle l'exécution d'un tel acte que celui-ci est nécessairement régulier et conforme à la Convention, rendant inutile tout recours pour l'intéressé⁵³⁵⁰.

1108. D'un point de vue différent, le justiciable refusant de se soumettre à un acte coercitif doit pouvoir, malgré tout, intenter un recours. Il faut qu'un condamné conserve le droit d'exercer une voie de recours même s'il se soustrait à l'exécution de l'acte, tel un mandat de justice. Le priver de représentation par avocat et lui fermer les voies de recours pour ce motif constitue une sanction disproportionnée. Bien entendu, le recours ne porte pas sur l'acte coercitif lui-même dans ce cas, mais sur le fond de l'affaire. Il n'en demeure pas moins que se dérober à cet acte, lui désobéir, aboutit en fin de compte à le contester. C'est la raison pour laquelle un rappel succinct de l'évolution jurisprudentielle sur cette question importante mérite d'être réalisé au sein de ces développements.

1109. A l'origine, la jurisprudence de la chambre criminelle est clairement fixée : le condamné en fuite, qui n'obéit pas à un mandat d'arrêt délivré contre lui et se dérobe à son exécution, n'est pas en droit de se faire représenter pour exercer une voie de recours. Ce principe général de procédure pénale s'avère applicable à l'appel⁵³⁵¹, à l'opposition⁵³⁵², au pourvoi en cassation⁵³⁵³ et même à la présentation d'une requête en difficulté d'exécution⁵³⁵⁴. C'est ce principe qui a été condamné dans la fameuse affaire *Poitrinol*⁵³⁵⁵. Seulement, la Cour de cassation a refusé de s'incliner et a résisté à la juridiction européenne⁵³⁵⁶. Celle-ci a alors confirmé sa solution dans les arrêts *Omar* et *Guérin*⁵³⁵⁷. La chambre criminelle a fini par céder, modifiant sa jurisprudence dans une décision *Rebboah* du 30 juin 1999⁵³⁵⁸. Elle a confirmé ce revirement peu après en adoptant la même position à propos de l'appel interjeté par un prévenu en fuite par l'intermédiaire d'un avocat. Elle retient la recevabilité de l'appel, en l'absence

⁵³⁵⁰ CEDH, 29 mars 2005, *Matheron / France*, préc., §40, à propos d'écoutes téléphoniques justement.

⁵³⁵¹ Cass. crim., 5 juin 1989, Bull. crim., n°232.

⁵³⁵² Cass. crim., 13 mai 1985, Bull. crim., n°180.

⁵³⁵³ Cass. crim., 19 sept. 1895, Bull. crim., n°243 ; Cass. crim., 29 avril 1975, Bull. crim., n°113 ; Cass. crim., 18 nov. 1997, Bull. crim., n°388 (jurisprudence constante).

⁵³⁵⁴ Cass. crim., 14 avril 1992, Bull. crim., n°161 (prescription de la peine) ; J.C.P., 1993, II, 22099, note J.-Y. LASSALLE. Mais ce principe général a connu deux exceptions : V. Cass. crim., 7 nov. 1989, Bull. crim., n°397 (déclaration de pourvoi formée par l'intéressé lui-même) ; Cass. crim., 19 janv. 1994, Bull. crim., n°27 (circonstances ayant mis le condamné dans l'impossibilité absolue de se soumettre en temps utile à l'action de la justice).

⁵³⁵⁵ CEDH, 23 nov. 1993, *Poitrinol / France*, n°14032/88, §38 ; J.C.P., 1994, I, 3742, n°23, obs. F. SUDRE ; Rev. sc. crim., 1994, p. 372, obs. R. KOERING-JOULIN : « L'irrecevabilité du pourvoi, pour des raisons liées à la fuite du requérant, s'analysait (...) en une sanction disproportionnée, eu égard à la place primordiale que les droits de la défense et le principe de prééminence du droit occupent dans une société démocratique ». La solution a été vivement contestée par le juge PETTITI dans son opinion dissidente, jointe à l'arrêt.

⁵³⁵⁶ Cass. crim., 19 janv. 1994, préc. ; Cass. crim., 14 nov. 1996, Bull. crim., n°408. Sur cette résistance, R. DE GOUTTES, *Le juge français et la Convention européenne des droits de l'homme : avancées et résistances...*, R.T.D.H., 1995, p. 605 et s., spéc. p. 612 et 613.

⁵³⁵⁷ CEDH, 29 juill. 1998, *Omar / France*, n°43/1997/827/1033, §40 à 44 et CEDH, 29 juill. 1998, *Guérin / France*, n°51/1997/835/1041, §43 à 47 ; J.C.P., 1999, I, 105, n°29, obs. F. SUDRE ; Dr. pénal, 1999, chron., n°9 par C. MARSAT. V. aussi, H. COLONNA D'ISTRIA, *Le pourvoi en cassation et la Convention européenne des droits de l'homme*, R.P.D.P., 1999, p. 489 et s., not. n°9 à 13, p. 496 et 497.

⁵³⁵⁸ Cass. crim., 30 juin 1999, Bull. crim., n°167 ; Dr. pénal, 1999, comm. n°156, note A. MARON. Pour une critique de l'attitude de la chambre criminelle avant cet arrêt, J.-P. MARGUENAUD, *La dérive de la procédure pénale française au regard des exigences européennes*, D., 2000, chron., p. 249 et s., spéc. p. 253 et 254.

de dispositions expresses de la loi dérogeant, en cas de délivrance d'un mandat de justice, à l'application des conditions de forme prévues par l'article 502 du C.P.P.⁵³⁵⁹. Il en va de même en matière d'opposition⁵³⁶⁰. En un mot, l'ensemble des voies de recours est ouvert à la personne convoquée qui préfère ne pas se présenter devant ses juges⁵³⁶¹.

1110. Cette évolution a eu des incidences sur la mise en état, obligation qui était faite au condamné de se constituer prisonnier la veille de l'audience de la chambre criminelle examinant son pourvoi, sauf s'il obtenait de la juridiction qui l'avait condamné une dispense, avec ou sans caution⁵³⁶². Prévue par l'article 583 du C.P.P., la mise en état restait obligatoire pour tout individu condamné à une peine supérieure à six mois d'emprisonnement, puis à un an après la loi du 23 juin 1999. Celui qui méconnaissait cette obligation, attitude assez proche de celle consistant à se dérober à un mandat de justice, voyait son pourvoi frappé de déchéance, ce qui aboutissait au rejet dudit pourvoi. Le juge européen a condamné cette exigence et la sanction résultant de son irrespect par l'arrêt *Khalifaoui* du 14 décembre 1999⁵³⁶³. Par suite, la loi du 15 juin 2000 a supprimé la mise en état, elle a abrogé les articles 583 et 583-1 du C.P.P.⁵³⁶⁴. Une nouvelle condamnation européenne n'a cependant pu être évitée dans l'affaire *Papon*⁵³⁶⁵. Il est à noter, en outre, que le juge constitutionnel vient de censurer le cinquième alinéa de l'article 380-11 du C.P.P. relatif à la caducité de l'appel de l'accusé en fuite⁵³⁶⁶.

1111. Malgré ces progrès sensibles du droit interne impulsés par la Cour de Strasbourg, la chambre criminelle a encore rendu des décisions pour le moins surprenantes. Certaines témoignent de sa

⁵³⁵⁹ Cass. crim., 24 nov. 1999, Bull. crim., n°273 ; Dr. pénal, 2000, comm. n°37, note A. MARON ; Dr. pénal, 2000, chron. n°13 par C. MARSAT.

⁵³⁶⁰ La France a été condamnée pour la solution dégagée en matière d'opposition. L'irrecevabilité de l'opposition formée par l'avocat d'un condamné se dérochant à l'exécution d'un mandat de justice reste contraire à l'article 6 §1 de la Convention : CEDH, 27 avril 2004, *Maat / France*, n°39001/97 ; A.J. pénal, 2004, jurisp., p. 246, obs. J. LEBLOIS-HAPPE. Cette solution est aujourd'hui abandonnée : V. Cass. crim., 11 sept. 2007, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 25, note C. GIRAULT ; Dr. pénal, 2008, comm. n°15 (1^{ère} espèce), note A. MARON.

⁵³⁶¹ V. G. DI MARINO, Le prévenu ou l'accusé absent, R.P.D.P., 2003, p. 677 et s., spéc. p. 683 à 685, où il indique qu'« en affirmant le droit à la défense du prévenu absent, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (Cass. Ass. plén., 2 mars 2001, affaire *Dentico*, préc.) a donné à son corollaire, le droit d'exercer toutes les voies de recours, la valeur d'un principe général ». Ce revirement a été inévitable après les condamnations européennes (CEDH, 23 mai 2000, *Van Pelt / France*, préc. ; CEDH, 13 fév. 2001, *Krombach / France*, n°29731/96, à propos de l'ancienne procédure criminelle de contumace ; D., 2001, jurisp., p. 3302, note J.-P. MARGUENAUD ; Rev. sc. crim., 2001, p. 429, obs. F. MASSIAS ; C. GINESTET, Procédure de contumace et procès équitable, Dr. pénal, 2001, chron. n°41). Sa nouvelle position a été reprise (Cass. crim., 12 mars 2003, Procédures, 2003, comm. n°124, note J. BUISSON) et précisée après la modification des textes, notamment l'article 410 *in fine* du C.P.P., par la loi du 9 mars 2004 (Cass. crim., 12 déc. 2006, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 139, obs. C. GIRAULT).

⁵³⁶² Pour des développements sur ce point : L. MILANO, Le droit à un tribunal (...), *op. cit.*, n°408 à 412, p. 324 à 328.

⁵³⁶³ CEDH, 14 déc. 1999, *Khalifaoui / France*, n°34791/97, not. §49 ; Procédures, 2000, comm. n°41, note J. BUISSON : « Le respect de la présomption d'innocence, combiné avec l'effet suspensif du pourvoi, s'oppose à l'obligation pour un accusé libre de se constituer prisonnier, quelle que soit la durée, même brève, de son incarcération ». Sur la question, R. DE GOUTTES, L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la Cour de cassation, Gaz. pal., 2007, doct., p. 1621 et s., spéc. p. 1624.

⁵³⁶⁴ Avant même l'intervention de cette loi, les juridictions pénales avaient supprimé cette obligation de mise en état : D. CARON, La garantie des droits reconnus à la personne suspectée (...), *op. cit.*, p. 230.

⁵³⁶⁵ Cass. crim., 21 oct. 1999, Inédit, n°98-82323 ; CEDH, 25 juill. 2002, *Papon / France*, n°54210/00, §90 et s.

⁵³⁶⁶ C.C., Q.P.C., 13 juin 2014, n°2014-403, *M. Laurent L.*, J.O. du 15 juin 2014, p. 9972, cons. 6 ; D., 2014, p. 1277 ; J.C.P., 2014, 713. Les dispositions litigieuses portent une atteinte disproportionnée au droit à un recours juridictionnel effectif.

volonté de continuer à sanctionner « le délit de mépris de justice », dont le fondement réside dans « notre conception morale dominante »⁵³⁶⁷. « Ne perçoit-on pas (...) comme immoral, le fait de vouloir saisir la justice, de vouloir invoquer ses règles, alors que l'on refuse d'obéir à ses commandements »⁵³⁶⁸ ? Ainsi le justiciable en fuite se voit infliger une sanction procédurale. Dans un arrêt de 2002, est approuvée l'irrecevabilité de la requête en annulation d'un mandat d'arrêt international, formée par la personne concernée⁵³⁶⁹. N'ayant pas comparu devant le magistrat instructeur, celle-ci n'avait pas la qualité de mis en examen et ne pouvait alors être admise à agir en nullité. Ce raisonnement vient d'être repris pour refuser de transmettre au juge constitutionnel des questions prioritaires de constitutionnalité relatives à l'impossibilité pour une personne en fuite de demander la nullité du mandat d'arrêt dont elle fait l'objet⁵³⁷⁰. Contestable, la solution reste identique lorsque la nullité invoquée par le justiciable ne l'est pas pendant l'instruction, mais après son renvoi devant le tribunal correctionnel⁵³⁷¹. Il ressort de l'arrêt du 3 avril 2007 que la fuite ôte à la personne poursuivie sa qualité de partie. Si elle n'est pas partie à la procédure, elle n'a pas à être avisée de la fin de l'information, car ce droit est réservé au parquet et aux « parties » aux termes de l'article 175 du C.P.P. Elle ne saurait davantage jouir de l'exception inscrite à l'article 385, alinéa 3, de ce Code qui ne bénéficie qu'aux « parties »⁵³⁷². La désobéissance à l'acte coercitif, en l'occurrence un mandat d'arrêt, génère un refus de justice dans ce cas.

1112. Après son refus de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité fondée sur cette interprétation de l'article 175 du C.P.P.⁵³⁷³, la Cour de cassation a réaffirmé sa conception⁵³⁷⁴, en apparence dépassée à l'aune des exigences du procès équitable⁵³⁷⁵. Allant au rebours de l'évolution du droit interne⁵³⁷⁶, une telle solution apparaît incompatible avec les exigences du droit européen⁵³⁷⁷. La Cour européenne s'est certes montrée compréhensive dans son

⁵³⁶⁷ J.-Y. LASSALLE, note sous Cass. crim., 14 avril 1992, J.C.P., 1993, II, 22099.

⁵³⁶⁸ *Ibid.*

⁵³⁶⁹ Cass. crim., 17 déc. 2002, Bull. crim., n°230. Rapp., Cass. crim., 14 mai 2002, Bull. crim., n°111.

⁵³⁷⁰ Cass. crim., 19 fév. 2014, Bull. crim., n°47. Pour l'arrêt rendu dans la même affaire : Cass. crim., 5 mars 2014, n°13-84705, E.C.P.B. ; A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 370, obs. S. LAVRIC ; D., 2014, pan., p. 1743, obs. J. PRADEL (irrecevabilité de la requête en nullité du mandat d'arrêt).

⁵³⁷¹ Cass. crim., 3 avril 2007, Bull. crim., n°103 ; A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 428, note J. LEBLOIS-HAPPE.

⁵³⁷² Vu sa formulation, cet arrêt du 3 avril 2007 s'analyse comme un arrêt de principe. V. aussi, Cass. crim., 3 oct. 2007, Bull. crim., n°237 ; Cass. crim., 9 sept. 2009, Inédit, n°08-85862 ; Cass. crim., 12 janv. 2011, Inédit, n°09-80478.

⁵³⁷³ V. Cass. crim., 4 janv. 2012, Inédit, n°10-85692.

⁵³⁷⁴ V. Cass. crim., 12 avril 2012, Inédit, n°11-83606.

⁵³⁷⁵ Car même si la jurisprudence affirme qu'une telle solution est « compatible avec les exigences du procès équitable » (Cass. crim., 3 avril 2007, préc.), cela demeure très discutable. Le prévenu en fuite ne s'est pas vu notifier l'avis de fin d'information et n'a pu soulever devant le tribunal correctionnel les nullités de la procédure antérieure.

⁵³⁷⁶ Cette solution aboutit à la résurgence du principe abandonné dans les deux arrêts de 1999 : Cass. crim., 30 juin 1999, préc. et Cass. crim., 24 nov. 1999, préc.

⁵³⁷⁷ En ce sens aussi : J. LEBLOIS-HAPPE, note sous Cass. crim., 3 avril 2007, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 428. Comme l'a très justement souligné cet auteur (p. 432), « en déniait à la personne poursuivie, du seul fait qu'elle est en fuite, la qualité de partie à la procédure et en l'empêchant, par voie de conséquence, de faire constater par un juge une irrégularité de l'enquête, on la prive de la possibilité de voir établir judiciairement l'illicéité de la poursuite dont elle est l'objet ».

arrêt *Karatas et Sari* de 2002⁵³⁷⁸. Toutefois, elle a ensuite condamné l'interprétation retenue par la chambre criminelle de la notion de partie au sens de l'article 175 du C.P.P., qui a abouti au rejet d'une exception de nullité d'écoutes téléphoniques pratiquées lors d'une information⁵³⁷⁹. Dans l'affaire *Abdelali*, la Cour constate qu'aucun élément du dossier ne permet d'affirmer avec certitude que le requérant avait connaissance du fait qu'il était recherché, puisque l'ordonnance de clôture de l'instruction n'avait pu lui être signifiée, et « la simple absence du requérant de son lieu de résidence habituel ou du domicile de ses parents ne suffit pas pour considérer que le requérant avait connaissance des poursuites et du procès à son encontre. On ne saurait donc en déduire qu'il était "en fuite" et a essayé de se dérober à la justice »⁵³⁸⁰. Pour conclure à la violation de l'article 6 §1 de la Convention, la Cour précise « qu'offrir à un accusé le droit de faire opposition pour être rejugé en sa présence, mais sans qu'il puisse contester la validité des preuves retenues contre lui, est insuffisant et disproportionné et vide de sa substance la notion de procès équitable »⁵³⁸¹. La Cour de cassation n'a désormais plus le choix : sa jurisprudence doit évoluer sur ce point⁵³⁸².

1113. En somme, un recours doit être ouvert à chaque fois contre l'acte coercitif. Les normes supérieures, constitutionnelles et conventionnelles, imposent cette exigence. Celle-ci s'avère d'autant plus prégnante que cet acte attente souvent à la sûreté des justiciables. Ce n'est pas le seul fondement de l'exigence de sa contestation. Il en existe un second qui ressort de l'étude de cette notion.

B – Un recours déduit de la notion d'acte coercitif

1114. Il serait douteux, sinon curieux, qu'aucun recours ne soit permis contre l'acte coercitif. S'agissant d'un acte grave, générateur d'un préjudice particulier pour la personne concernée, il paraît logique de pouvoir systématiquement le contester. Cette précaution se révèle appréciable : elle constitue une protection effective des libertés individuelles. Le soumettre à l'examen d'un juge, en autorisant sa contestation, demeure une garantie fondamentale contre l'arbitraire dans un Etat de

⁵³⁷⁸ CEDH, 16 mai 2002, *Karatas et Sari / France*, n°38396/97, §51 : « Eu égard tant aux circonstances particulières de la cause qu'au déroulement de la procédure interne, (...) l'obligation mise à la charge des requérants ne constitue pas une entrave au droit d'accès à un tribunal ».

⁵³⁷⁹ CEDH, 11 oct. 2012, *Abdelali / France*, n°43353/07 ; J.C.P., 2012, 1425, note L. MILANO ; Rev. sc. crim., 2013, p. 117, obs. J. DANET et p. 155, obs. D. ROETS.

⁵³⁸⁰ §54 de l'arrêt.

⁵³⁸¹ §55 et 56 de l'arrêt. Le juge européen confirme ici que « ce n'est pas la légalité des preuves sur lesquelles s'appuie la condamnation qui est déterminante sous l'angle de l'équité du procès mais la possibilité pour le prévenu de les contester » : L. MILANO, note sous CEDH, 11 oct. 2012, *Abdelali / France*, J.C.P., 2012, 1425. En l'espèce, les preuves reposaient sur des interceptions de conversations téléphoniques.

⁵³⁸² Dans le même sens : D. ROETS, obs. sur CEDH, 11 oct. 2012, *Abdelali / France*, Rev. sc. crim., 2013, p. 155, spéc. p. 157. *Contra*, conservant sa position traditionnelle : Cass. crim., 16 janv. 2013, Bull. crim., n°18. V. aussi, Cass. crim., 16 janv. 2013, Bull. crim., n°17. Cette solution pourrait *a priori* être maintenue s'il était démontré, par des éléments objectifs, que le prévenu avait connaissance des poursuites engagées à son encontre lors de la clôture de l'instruction et a délibérément tenté d'échapper à la justice (V. D. ROETS, obs. préc., p. 157).

droit⁵³⁸³. L'acte coercitif porte atteinte aux libertés des justiciables, à l'inverse des mesures d'administration judiciaire qui font peu, voire pas grief. Aussi n'est-il pas anormal que ces mesures échappent, par principe, à tout recours juridictionnel⁵³⁸⁴. Ce lien entre l'absence de grief occasionné et la fermeture consécutive des voies de recours est connu, notamment en droit administratif, puisqu'il a nourri la théorie très discutée des mesures d'ordre intérieur. La doctrine publiciste a dénoncé cet « "flot d'injusticiabilité" »⁵³⁸⁵. D'après elle, si certaines mesures d'ordre intérieur « ne méritent pas un débat contentieux, d'autres portent gravement atteinte aux droits et libertés de ceux qui en sont les destinataires. (...) Elles devraient dès lors pouvoir faire l'objet d'un recours effectif » au sens du droit européen⁵³⁸⁶. Ce droit n'exige-t-il pas, au demeurant, de présenter un « grief défendable » pour admettre la recevabilité du recours fondé sur l'article 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme⁵³⁸⁷ ?

1115. En droit processuel, il existe un lien général entre l'acte qui cause un grief à la personne et son droit de critique. Certains travaux de recherche l'ont bien montré en procédure pénale. Ainsi, la motivation de la partie poursuivie formulant une contestation à l'endroit d'un acte, a été expliquée. Elle « éprouve assurément un sentiment d'injustice au regard de l'acte judiciaire qui la concerne **lorsque celui-ci lui fait grief** : un interrogatoire effectué dans des conditions peu scrupuleuses au cours d'une garde à vue, des mesures privatives de liberté ou restrictives de droit prononcées au cours de l'instruction (...) »⁵³⁸⁸. Parce qu'il produit un grief spécifique, une atteinte aux libertés individuelles, l'acte coercitif doit pouvoir faire l'objet d'un recours en toute occasion. Ce recours découle de cette notion, il lui est inhérent. Il s'impose d'autant plus lorsque cet acte entame la sûreté des justiciables. Principe cardinal en procédure pénale, le principe de liberté justifie l'octroi d'un droit de contestation aux individus détenus contre leur gré⁵³⁸⁹. Les instances européennes ont, de toute façon, considéré que le droit à la liberté revêt une trop grande importance dans une « société démocratique », pour qu'une personne en perde le bénéfice du seul fait qu'elle se constitue prisonnière. « Une détention pourrait enfreindre l'article 5 (de la Convention) quand bien même l'individu dont il s'agit l'aurait acceptée. Dans une matière qui relève de l'ordre public au sein du

⁵³⁸³ Même en dehors de tout recours, lorsque l'acte est soumis à un juge (décidé par lui), il s'agit déjà d'une garantie pour le justiciable. V. aussi, J. PRADEL, *Le droit au juge (...)*, *op. cit.*, spéc. p. 29 et s.

⁵³⁸⁴ Rapp., F. DURIEUX, La distinction entre demandes et requêtes au cours du procès pénal, R.P.D.P., 1999, p. 217 et s., not. p. 225 et 226, où est évoquée une idée proche à partir de la distinction réalisée.

⁵³⁸⁵ P. TERNEYRE, *Le droit constitutionnel au juge*, Petites affiches, 4 déc. 1991, p. 4 et s., spéc. p. 10.

⁵³⁸⁶ P. TERNEYRE, *op. cit.*, p. 12. Pour une opinion identique, F. MODERNE, Sanctions administratives et protection des libertés individuelles au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Petites affiches, 17 janv. 1990, p. 15 et s., spéc. p. 23.

⁵³⁸⁷ Adde, J.-F. FLAUS, Des répercussions de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit du contentieux administratif, Petites affiches, 4 août 1989, p. 26 et s., not. p. 27 et 28, sur les mesures d'ordre intérieur.

⁵³⁸⁸ V. CHAPPELLE-BOUCHARD, *Le droit de recours en matière pénale : Contribution (...)*, *op. cit.*, n°173, p. 132 (nous soulignons). V. aussi, n°190, p. 149, n°250 et s., p. 198 et s. (le droit de recours suppose l'existence et la preuve d'un droit lésé, un droit substantiel ou procédural bafoué) et n°473, p. 401 ; V. BOUCHARD, *Le droit de recours en matière pénale*, *op. cit.*, spéc. p. 13.

⁵³⁸⁹ Sur ce point : V. CHAPPELLE-BOUCHARD, *op. cit.*, n°169, p. 124 à 127.

Conseil de l'Europe, un contrôle scrupuleux, de la part des organes de la Convention, de toute mesure pouvant porter atteinte aux droits et libertés garantis, est commandé dans tous les cas »⁵³⁹⁰.

1116. Sans doute ce droit de recours, appréhendé comme « une modalité du droit d'ester en justice intenté à des fins contestataires en vue de corriger les irrégularités voire de dénoncer les incorrections de la décision interne ou celles du système répressif dans son ensemble », demeure-t-il optionnel⁵³⁹¹. Il s'agit d'une simple faculté offerte au justiciable de critiquer l'acte coercitif. Envisagé sous l'angle d'un droit-option par opposition à un droit-devoir ou à un droit-obligation, l'intéressé dispose d'une prérogative importante pour attaquer l'acte accompli à son encontre⁵³⁹². Ce qui importe, c'est qu'un recours soit systématiquement ouvert contre cet acte, non qu'il soit effectivement exercé. Le choix d'en faire usage appartient à la seule personne concernée. Il faut se rendre à l'évidence : la définition même de l'acte coercitif a des répercussions inévitables sur son régime juridique. Il reste alors à cerner les principales caractéristiques du recours dont jouit le justiciable.

§2 – Les caractéristiques essentielles du recours exercé

1117. Les actes coercitifs auxquels procèdent les autorités publiques offrent aux individus un recours systématique, un contrôle de légalité au minimum⁵³⁹³. Les recours sont donc intentés de manière fréquente. Outre cet aspect, deux sortes de questions subsistent. D'une part, comment qualifier ce recours en général ? Quel est son trait dominant et qu'en est-il escompté ? D'autre part, quelle forme emprunte-t-il ? Revêt-t-il une forme unique ou, au contraire, plurielle ? Répondre à ces interrogations permettra de saisir les caractéristiques essentielles du recours formé contre l'acte coercitif. Les unes se rapportent à sa qualité, les autres à sa forme. En un mot, celui-ci doit être effectif (A) et s'avère protéiforme (B).

A – Un recours effectif

1118. Ce caractère apparaît fondamental, notamment au regard du droit européen. Il est connu que le but de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales consiste « à protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »⁵³⁹⁴. Cet impératif s'étend à tous les droits protégés par la Convention. Celle-ci prévoit justement la possibilité d'exercer

⁵³⁹⁰ CEDH, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp / Belgique*, préc., §65.

⁵³⁹¹ V. BOUCHARD, *op. cit.*, p. 14.

⁵³⁹² Sur le caractère optionnel du droit de contestation, V. CHAPELLE-BOUCHARD, *op. cit.*, n°196 et s., p. 153 et s.

⁵³⁹³ Cette règle, dégagée au stade de l'information, peut être généralisée. V. M. ALBAREDE, *Le régime juridique (...)*, *op. cit.*, p. 2 : « La règle est simple : dès lors qu'un acte du juge d'instruction utilise la force ou la contrainte de la loi répressive pour porter atteinte aux libertés fondamentales des individus, le contrôle de légalité devient indispensable ».

⁵³⁹⁴ CEDH, 9 oct. 1979, *Airey / Irlande*, préc. ; CEDH, 13 mai 1980, *Artico / Italie*, préc. Sur le contrôle d'effectivité opéré par le juge européen, J.-C. SOYER, *La loi nationale et la Convention européenne (...)*, *op. cit.*, n°33 à 35, p. 140 et 141.

des recours vis-à-vis des actes coercitifs. Autant dire qu'il est nécessaire que ces recours possèdent une effectivité certaine. Pareille exigence tend même à se renforcer. A l'effectivité prééminente (1°), s'ajoute donc une effectivité croissante (2°) du recours.

1°- L'effectivité prééminente

1119. L'article 5 §4 de la Convention, permettant à la personne soumise à un acte coercitif privatif de liberté (arrestation, garde à vue, détention provisoire) d'introduire un recours devant un tribunal, pose plusieurs obligations afin de qualifier ce recours d'effectif. Telle que l'entend le texte, la « légalité » d'une « arrestation ou détention » s'apprécie sous l'angle non du seul droit interne, mais aussi du texte de la Convention, des principes généraux qu'elle consacre et du but des restrictions qu'autorise l'article 5 §1⁵³⁹⁵. Il faut que le tribunal en question soit un organe décisionnel et non simplement consultatif et offre des garanties de procédure. Certes, il ne s'inscrit pas forcément dans les structures judiciaires ordinaires du pays, en revanche il doit toujours être indépendant par rapport à l'exécutif et aux parties et impartial⁵³⁹⁶.

1120. Investi d'un véritable pouvoir de décision, le tribunal statue sur la légalité de l'acte coercitif et ordonne, le cas échéant, la mise en liberté de l'intéressé. Son appréciation porte sur le respect des règles de fond, notamment sur la justification matérielle de la détention. Le contrôle effectué doit être relativement étendu : il impose que la juridiction saisie analyse les preuves recueillies et vérifie l'existence de raisons plausibles de soupçonner l'individu d'avoir commis l'infraction⁵³⁹⁷. Le recours au juge n'a de sens que s'il dispose de pouvoirs suffisants pour examiner la légalité de l'acte critiqué, de façon à éliminer tout risque d'arbitraire⁵³⁹⁸. En vertu d'une jurisprudence classique, « l'article 5 §4 ne garantit pas le droit à un examen judiciaire d'une portée telle qu'il habiliterait le tribunal à substituer sur l'ensemble des aspects de la cause, y compris des considérations de pure opportunité, sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la décision. Il n'en veut pas moins un contrôle assez ample pour s'étendre à chacune des conditions indispensables, selon la Convention, à la régularité ou légalité de la détention d'un individu »⁵³⁹⁹. La portée du contrôle opéré, au moyen d'un tel recours, a été résumée avec justesse par la doctrine : « rien que la légalité mais toute la légalité de

⁵³⁹⁵ CEDH, 24 juin 1982, *Van Droogenbroeck / Belgique*, n°7906/77, §48 ; CEDH, 2 mars 1987, *Weeks / Royaume-Uni*, n°9787/82, §57 ; CEDH, 29 août 1990, *E. / Norvège*, n°11701/85, §49.

⁵³⁹⁶ CEDH, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp / Belgique*, préc., §78 ; CEDH, 5 nov. 1981, *X. / Royaume-Uni*, n°7215/75, §53 ; CEDH, 2 mars 1987, *Weeks / Royaume-Uni*, préc., §61 ; S. GUINCHARD, Indépendance et impartialité (...), *op. cit.*, n°9, p. 18. Sur l'indépendance du tribunal, V. not., CEDH, 24 nov. 1994, *Beaumartin / France*, n°15287/89, §36 à 39 ; J.C.P., 1995, I, 3823, n°25, obs. F. SUDRE.

⁵³⁹⁷ CEDH, 23 avril 2009, *Rangelov / Bulgarie*, n°14387/03, §44 et 45 ; R.I.D.P., 2009, p. 619, n°11, obs. L. MORTET.

⁵³⁹⁸ P. WACHSMANN, La prééminence du droit (...), *op. cit.*, p. 280.

⁵³⁹⁹ CEDH, 5 nov. 1981, *X. / Royaume-Uni*, préc., §58 ; CEDH, 24 juin 1982, *Van Droogenbroeck / Belgique*, préc., §49 ; CEDH, 28 mai 1985, *Ashingdane / Royaume-Uni*, n°8225/78, §52 ; CEDH, 2 mars 1987, *Weeks / Royaume-Uni*, préc., §59 ; CEDH, 29 août 1990, *E. / Norvège*, préc., §50 ; CEDH (Gr. ch.), 19 fév. 2009, *A. et autres / Royaume-Uni*, préc., §202.

la privation de liberté »⁵⁴⁰⁰. Bien entendu, le recours ne satisfait pas aux exigences de l'article 5 §4 si le juge n'a aucune compétence pour ordonner l'élargissement en cas de détention illégale⁵⁴⁰¹.

1121. Le droit de former un recours aux fins de contrôle de la légalité de l'acte coercitif, prévu par ces dispositions conventionnelles, connaît toutefois un aménagement notable. Une distinction ayant été établie entre les mesures privatives de liberté d'origine administrative et les mesures privatives de liberté d'origine judiciaire, ce droit n'a pas vocation à s'appliquer lorsque la détention du justiciable est ordonnée par « un tribunal statuant à l'issue d'une procédure judiciaire ». Dans pareille hypothèse, « le contrôle voulu par l'article 5 §4 se trouve incorporé à la décision initiale ». Cette théorie du « contrôle incorporé », développée par la Cour de Strasbourg⁵⁴⁰², rencontre tout de même une limite : l'individu retrouve son droit de recours si la détention se prolonge et si des questions nouvelles de légalité surgissent durant celle-ci⁵⁴⁰³. Mais indépendamment de la consécration du contrôle incorporé, privant l'intéressé de son droit d'introduire un recours *ab initio* contre la décision qui prescrit l'incarcération, la jurisprudence européenne veille au respect d'exigences primordiales s'agissant des voies de recours en droit interne. L'effectivité du droit à un contrôle de la légalité d'une privation de liberté implique l'existence d'une voie de recours avec un « degré suffisant de certitude »⁵⁴⁰⁴. De plus, un Etat dans lequel est aménagé deux degrés de juridiction doit accorder aux justiciables les mêmes garanties en appel qu'en première instance. Les recours ouverts contre les décisions relatives à la détention provisoire demeurent particulièrement concernés⁵⁴⁰⁵.

1122. A la lecture de l'article 5 §4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, d'autres exigences s'imposent à l'acte coercitif. Saisi du recours intenté par le justiciable, le tribunal se voit contraint de statuer « à bref délai » selon le texte. Ce délai s'apprécie *in concreto*, « à la lumière des circonstances de chaque affaire », comme le « délai raisonnable » des articles 5 §3 et 6 §1 de la Convention⁵⁴⁰⁶. Pour son calcul, est pris en compte la complexité de la procédure, la manière dont elle a été conduite par les autorités nationales et par l'individu et l'enjeu

⁵⁴⁰⁰ R. KOERING-JOULIN, Article 5 §4, *op. cit.*, p. 232.

⁵⁴⁰¹ V. CEDH (Gr. ch.), 12 mai 2005, *Öcalan / Turquie*, préc., §66, 68 et 71. Pour un autre cas de violation de l'article 5 §4 : CEDH (Gr. ch.), 25 mars 1999, *Nikolova / Bulgarie*, n°31195/96, §61 ; J.C.P., 2000, I, 203, n°6, obs. F. SUDRE.

⁵⁴⁰² CEDH, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp / Belgique*, préc., §76 ; CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres / Pays-Bas*, préc., §77.

⁵⁴⁰³ CEDH, 24 juin 1982, *Van Droogenbroeck / Belgique*, préc., §45 ; CEDH, 2 mars 1987, *Weeks / Royaume-Uni*, préc., §56 ; CEDH, 26 oct. 1996, *Silva Rocha / Portugal*, n°18165/91, §23 à 32. V. aussi, CEDH, 9 mars 2006, *Svipsta / Lettonie*, préc., §141, rappelant que « de par sa nature, cette disposition (article 5 §4) exige qu'un contrôle adéquat soit effectué à des intervalles raisonnables ».

⁵⁴⁰⁴ CEDH, 24 juin 1982, *Van Droogenbroeck*, préc., §54 ; CEDH, 26 sept. 1997, *R.M.D. / Suisse*, n°81/1996/700/892, §47 à 55 ; CEDH, 26 nov. 1997, *Sakik et autres / Turquie*, n°87/1996/67/897-902, §53 ; J.C.P., 1998, I, 107, n°14, obs. F. SUDRE ; CEDH, 21 fév. 2006, *Bilen / Turquie*, n°34482/97, §51.

⁵⁴⁰⁵ CEDH, 4 mars 2008, *Samoila et Cionca / Roumanie*, préc., §58 et 73.

⁵⁴⁰⁶ CEDH, 21 oct. 1986, *Sanchez-Reisse / Suisse*, n°9862/82, §55 ; CEDH, 3 juin 2003, *Pantea / Roumanie*, préc., §253 ; CEDH, 24 fév. 2009, *Toma / Roumanie*, préc., §74. *Adde*, CEDH, 14 nov. 2013, *M.D. / Belgique*, préc., §38 et s.

qu'elle représente pour ce dernier⁵⁴⁰⁷. Lorsque la procédure s'est déroulée devant deux degrés de juridiction, l'examen du respect de cette règle s'effectue au moyen d'une appréciation globale⁵⁴⁰⁸. Le délai débute dès l'introduction de la demande d'élargissement au tribunal et s'achève le jour où la décision est prononcée en séance publique ou, à défaut, le jour de la communication de la décision à l'intéressé ou à son avocat⁵⁴⁰⁹. Il ne peut s'agir, en tout cas, que d'une faible durée, d'un « délai sommaire »⁵⁴¹⁰. Car un contrôle judiciaire rapide de la légalité de la détention permet non seulement de lutter contre les privations de liberté arbitraires, mais constitue également une garantie importante contre les mauvais traitements⁵⁴¹¹. Voilà pourquoi l'Etat doit tout mettre en œuvre pour que la procédure se déroule dans un minimum de temps⁵⁴¹². Si l'examen de l'acte coercitif n'intervient pas dans ce bref délai, la condamnation européenne demeure certaine⁵⁴¹³.

1123. Le tribunal chargé de contrôler la régularité de l'acte coercitif n'apprécie pas uniquement le fond du droit, c'est-à-dire les motifs du placement en détention. Il doit encore vérifier le respect des règles de forme, en d'autres termes la légalité procédurale. Il faut que la procédure suivie revête un caractère judiciaire et donne à l'individu en cause des garanties adaptées à la nature de la privation de liberté dont il est question⁵⁴¹⁴. Pour déterminer si elle fournit des garanties suffisantes, il convient de s'attacher à « la nature particulière des circonstances dans lesquelles elle se déroule »⁵⁴¹⁵. A cet égard, il a été précisé que « les instances judiciaires relevant de l'article 5 §4 ne doivent pas toujours s'accompagner de garanties identiques à celles que l'article 6 §1 prescrit pour les litiges civils ou pénaux. Mais encore faut-il que l'intéressé ait accès à un tribunal et l'occasion d'être entendu lui-même ou, au besoin, moyennant une certaine forme de représentation, sans quoi il ne jouira pas des "garanties fondamentales de procédure appliquées en matière de privation de liberté" »⁵⁴¹⁶. Cette possibilité de comparaître offerte au détenu, afin d'être auditionné par le tribunal, institue une garantie

⁵⁴⁰⁷ CEDH (Gr. ch.), 9 juill. 2009, *Mooren / Allemagne*, préc., §106.

⁵⁴⁰⁸ CEDH, 23 nov. 1993, *Navarra / France*, n°13190/87, §28 ; J.C.P., 1994, I, 3742, n°9, obs. F. SUDRE ; CEDH (Gr. ch.), 9 juill. 2009, *Mooren / Allemagne*, préc., §106.

⁵⁴⁰⁹ CEDH, 24 fév. 2009, *Toma / Roumanie*, préc., §72.

⁵⁴¹⁰ J.-Y. LASSALLE, Les délais de la Convention européenne (...), *op. cit.*, p. 285.

⁵⁴¹¹ CEDH, 18 déc. 1996, *Aksoy / Turquie*, préc., §76 ; CEDH, 3 juin 2003, *Pantea / Roumanie*, préc., §256.

⁵⁴¹² CEDH, 24 fév. 2009, *Toma / Roumanie*, préc., §74.

⁵⁴¹³ CEDH, 22 mai 1984, *De Jong, Baljet et Van den Brink / Pays-Bas*, préc., §58 et 59 ; CEDH, 21 oct. 1986, *Sanchez-Reisse / Suisse*, préc., §60 et 61 ; CEDH, 19 oct. 2000, *Wloch / Pologne*, n°27785/95, §135 et 136 (délai de 3 mois, violation de l'article 5 §4) ; CEDH, 3 juin 2003, *Pantea*, préc., §250 à 257 (inobservation du bref délai : 3 mois et 28 jours) ; CEDH, 28 avril 2005, *Kolev / Bulgarie*, n°50326/99 (en anglais), §77 à 81 ; CEDH, 19 juill. 2007, *Rozhkov / Russie*, n°64140/00 (en anglais), §119 à 125 ; R.I.D.P., 2007, p. 258, obs. L. MORTET (violation de l'article 5 §4, car le requérant a dû attendre un mois avant l'examen de son recours contre une prolongation de sa détention provisoire, alors que ce recours ne soulevait pas de question particulièrement complexe) ; CEDH, 24 fév. 2009, *Toma*, préc., §72 à 77 (garantie de célérité méconnue pour un délai de 22 jours, certains délais de traitement n'ayant aucune justification, si ce n'est une mauvaise organisation de la procédure) ; CEDH (Gr. ch.), 9 juill. 2009, *Mooren*, préc., §107 ; CEDH, 5 juin 2014, *Christodoulou et autres / Grèce*, n°80452/12, §65 à 70 (renvoi demandé devant la Grande chambre) ; CEDH, 26 juin 2014, *Shcherbina / Russie*, n°41970/11 (en anglais), §62 à 71 (violation de l'article 5 §4 : délai excessif de seize jours intervenu avant le contrôle juridictionnel d'un placement en détention ordonné par un procureur dans l'attente d'une extradition).

⁵⁴¹⁴ CEDH, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp / Belgique*, préc., §76.

⁵⁴¹⁵ CEDH, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp*, préc., §78 ; CEDH, 24 oct. 1979, *Winterwerp / Pays-Bas*, préc., §57.

⁵⁴¹⁶ CEDH, 24 oct. 1979, *Winterwerp*, préc., §60 ; CEDH, 3 juin 2003, *Pantea*, préc., §249 ; CEDH, 21 fév. 2006, *Bilen / Turquie*, préc., §51 ; CEDH, 29 nov. 2011, *Altinok / Turquie*, n°31610/08, §45.

sérieuse. Sa comparution personnelle devient obligatoire lorsque sa détention relève de l'article 5 § 1 c) de la Convention, ce qui correspond précisément à l'acte coercitif exécuté au cours du procès pénal⁵⁴¹⁷.

1124. La procédure concernant le recours contre la détention doit de surcroît être contradictoire et préserver l'équité. La jurisprudence européenne a progressivement transposé les grandes garanties du procès équitable prévues à l'article 6 §1 de la Convention à l'article 5 §4⁵⁴¹⁸. Dans un souci d'assurer l'effectivité d'un tel recours, son exercice suppose que l'individu privé de liberté (ou son avocat) puisse, comme le parquet, consulter le dossier d'instruction conformément à l'exigence d'égalité des armes⁵⁴¹⁹. Il implique encore que l'audience ait un caractère pleinement contradictoire⁵⁴²⁰. Au nom de la sauvegarde d'un intérêt public fondamental, la sécurité nationale en cas de terrorisme, il peut parfois s'avérer nécessaire de dissimuler certaines preuves à la défense. Ce manque d'équité doit dès lors être compensé par des exigences procédurales accrues⁵⁴²¹. Dégagée à l'origine sur le fondement de l'article 6 §1, cette solution est étendue à l'article 5 §4⁵⁴²². Il est loin d'être acquis que le droit français soit conforme aux exigences conventionnelles en ce qu'il refuse d'appliquer le contradictoire et les droits de la défense aux demandes de mise en liberté en cas de détention provisoire. De telles garanties du procès équitable apparaissent pourtant applicables à ce contentieux⁵⁴²³.

⁵⁴¹⁷ CEDH, 21 oct. 1986, *Sanchez-Reisse*, préc., §51 (cas particulier de l'extradition) ; CEDH, 28 oct. 1998, *Assenov et autres / Bulgarie*, préc., §162 (détention provisoire) ; CEDH, 3 juin 2003, *Pantea*, préc., §254 (détention provisoire) ; CEDH (Gr. ch.), 12 mai 2005, *Öcalan / Turquie*, préc., §66 et 68 (non comparution du suspect placé en garde à vue devant un juge, lequel a effectué « son contrôle uniquement sur dossier » : violation de l'article 5 §4 de la Convention). Toutefois, en matière de détention provisoire, la Cour a évoqué « le risque d'une certaine paralysie de la procédure pénale si l'inculpé devait être entendu à chaque fois qu'il introduit une demande d'élargissement » : CEDH, 29 nov. 2011, *Altinok / Turquie*, préc., §49. V. enfin, CEDH, 5 juin 2014, *Christodoulou et autres / Grèce*, préc., §73 à 78 (violation de l'article 5 §4) ; CEDH, 17 juin 2014, *Karaosmanoglu et Özden / Turquie*, n°4807/08, §77, précisant que le droit d'être entendu par le juge saisi d'un recours contre la détention doit pouvoir être exercé à des « intervalles raisonnables ». L'écoulement d'un délai de six mois sans comparution ne permet pas de qualifier la durée de « raisonnable ».

⁵⁴¹⁸ Par exemple : CEDH, 4 juill. 2000, *Niedbala / Pologne*, préc., J.C.P., 2001, I, 291, n°14, obs. F. SUDRE ; CEDH (Gr. ch.), 29 mars 2001, *D.N. / Suisse*, n°27154/95, §41 à 52, spéc. §42 ; J.C.P., 2001, I, 342, n°8, obs. F. SUDRE (défaut d'impartialité du juge).

⁵⁴¹⁹ CEDH, 30 mars 1989, *Lamy / Belgique*, §29, où il est affirmé que « l'examen des documents en question s'imposait donc pour contester efficacement la légalité du mandat d'arrêt » (violation de l'article 5 §4) ; CEDH (Gr. ch.), 25 mars 1999, *Nikolova / Bulgarie*, préc., §63 ; CEDH (Gr. ch.), 9 juill. 2009, *Mooren*, préc., §124 et 125. En revanche, un document non traduit n'ayant pas empêché un recours ultérieur n'a donc pas entaché l'égalité des armes : CEDH, 25 fév. 2010, *Crabtree / République Tchèque*, n°41116/04 (en anglais), §41 à 45.

⁵⁴²⁰ CEDH, 13 juill. 1995, *Kampanis / Grèce*, n°17977/91, §58 et 59, l'égalité des armes imposant d'accorder au requérant la possibilité de comparaître en même temps que le procureur pour pouvoir répliquer à ses conclusions. Il y a eu violation de l'article 5 §4 en l'espèce ; CEDH, 6 sept. 2007, *Cabala / Slovaquie*, n°8607/02 (en anglais), §62 ; R.I.D.P., 2007, p. 259, obs. L. MORTET (« private sessions » rompant l'égalité des armes) ; CEDH, 4 mars 2008, *Samoila et Cionca / Roumanie*, préc., §80 et 81.

⁵⁴²¹ V. aussi, hors le cas de l'infraction terroriste, CEDH, 9 mars 2006, *Svipsta / Lettonie*, préc., §137. Il ne faut pas que des informations recueillies au cours d'investigations et gardées secrètes dans un but d'efficacité constituent des restrictions importantes aux droits de la défense. Des informations essentielles pour apprécier la légalité de la détention d'une personne « doivent toujours être mises à disposition de son avocat d'une manière adaptée à la situation ».

⁵⁴²² CEDH (Gr. ch.), 19 fév. 2009, *A. et autres / Royaume-Uni*, préc., §205 à 211 et §214 à 224. La Cour retient pourtant la violation de l'article 5 §4, les garanties offertes à certains requérants n'étant pas suffisantes.

⁵⁴²³ A cet égard, l'interprétation de l'article 148 du C.P.P. par la Cour de cassation (Cass. crim., 26 fév. 2003, Bull. crim., n°55 ; D., 2003, somm. comm., p. 1728, obs. (approbatives) J. PRADEL ; Rev. sc. crim., 2003, p. 883, obs. (critiques) J.-F. RENUCCI) semble très discutable au regard de la jurisprudence européenne, notamment l'arrêt *Sanchez-Reisse*, même si celui-ci concerne le détenu sous écrou extraditionnel.

1125. En principe, la représentation par un défenseur ainsi que le droit de citer et d'interroger les témoins doivent être garantis⁵⁴²⁴. Il est aussi tenu compte de l'effectivité des droits de la défense. La relation entre un conseil et son client détenu se trouve protégée pendant leurs discussions au parloir, la confidentialité devant être assurée⁵⁴²⁵. Il n'y a pas de défense effective de la personne détenue lorsque les avocats commis d'office sont désignés sur le champ, sans connaître ni le dossier ni leur client, et sans disposer du temps nécessaire à la préparation de la défense⁵⁴²⁶. En ce qui concerne le choix de l'avocat, l'individu privé de liberté a le droit de choisir librement son défenseur pour l'assister dans la procédure contradictoire du recours en légalité de la privation de liberté. Ce principe n'est cependant pas absolu car les intérêts de la justice permettent aux autorités nationales de s'opposer à ce choix⁵⁴²⁷. Elle étend donc l'application des principes dégagés par l'arrêt *Croissant*⁵⁴²⁸ dans le cadre de l'article 6 de la Convention à l'article 5.

1126. Il faut se garder de croire que les dispositions conventionnelles aménagent un recours pour les seuls actes attentatoires à la liberté individuelle. Les actes coercitifs portant atteinte à la vie privée peuvent, eux, être contestés sur le fondement des articles 8 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme⁵⁴²⁹. Cet article 13 énonce précisément le droit à un recours effectif devant une instance nationale⁵⁴³⁰. Dans son sens large, un tel recours doit être ouvert auprès d'une autorité compétente pour en apprécier le bien fondé⁵⁴³¹. Dans le cadre de ce texte, il ne signifie pas « le procédé par lequel on obtient une nouvelle décision dans un litige où une autorité s'est déjà prononcée ; le terme "recours" comprend tout procédé par lequel on soumet un acte constitutif d'une violation alléguée de la Convention à une instance qualifiée à cet effet, en vue d'obtenir, selon le cas, la cessation de l'acte, son annulation, sa modification, ou une réparation »⁵⁴³².

⁵⁴²⁴ CEDH, 4 déc. 2008, *Husak / République Tchèque*, n°19970/04, §41 ; R.I.D.P., 2009, p. 345, n°20, obs. L. MORTET ; CEDH (Gr. ch.), 19 fév. 2009, *A. et autres*, préc., §204.

⁵⁴²⁵ CEDH, 13 mars 2007, *Castravet / Moldavie*, n°23393/05 (en anglais), §48 à 61 ; CEDH, 10 mai 2007, *Modarca / Moldavie*, n°14437/05 (en anglais), §80 à 99.

⁵⁴²⁶ CEDH, 4 mars 2008, *Samoila et Cionca / Roumanie*, préc., §75 et 76 ; CEDH, 12 janv. 2010, *Bolos / Roumanie*, n°33078/03, §36 ; R.I.D.P., 2010, p. 333, n°17, obs. L. MORTET (violation de l'article 5 §4).

⁵⁴²⁷ CEDH (déc. rec.), 24 août 2010, *Prehn / Allemagne*, n°40451/06, spéc. n°3 ; R.I.D.P., 2010, p. 646, n°18, obs. L. MORTET. La Cour valide les arguments retenus par les juges allemands ayant désigné un avocat différent de celui souhaité par l'intéressé et ayant justifié leur décision par la poursuite des intérêts de la justice.

⁵⁴²⁸ CEDH, 25 sept. 1992, *Croissant / Allemagne*, préc., §29.

⁵⁴²⁹ En ce sens : CEDH (Gr. ch.), 26 oct. 2000, *Kudla / Pologne*, préc., §152.

⁵⁴³⁰ Sur l'effectivité du recours : D. DE BRUYN, *op. cit.*, p. 198 et s., où différents critères de l'effectivité sont mentionnés (les «garanties procédurales», «son objectif»). L'instance dont il est question dans cette disposition n'a pas besoin d'être une institution judiciaire, mais ses pouvoirs et les garanties qu'elle présente entrent en ligne de compte pour apprécier l'effectivité du recours exercé devant elle.

⁵⁴³¹ En ce sens, A. DRZEMCZEWSKI, C. GIAKOUMOPOULOS, Article 13, *in* La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), Economica, 2^{ème} éd., 1999, p. 455 et s., spéc. p. 467. *Adde*, l'opinion partiellement dissidente de M. le juge WALSH, à laquelle se rallie M. le juge RUSSO sous CEDH, 30 oct. 1991, *Vilvarajah et autres / Royaume-Uni*, n°13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, soulignant qu'«un système national fournissant prétendument un recours effectif pour une violation de la Convention et excluant le pouvoir de rendre une décision sur le fond ne saurait répondre aux exigences de l'article 13».

⁵⁴³² *Ibid.* ; V. CEDH, 7 juill. 1989, *Soering / Royaume-Uni*, n°14038/88, §121. Les Etats bénéficient d'une marge d'appréciation, l'article 13 n'allant pas jusqu'à imposer une forme particulière de recours : V. par ex., CEDH, 30 oct. 1991, *Vilvarajah et autres*, préc., §122.

1127. Appréciée *in concreto*, l'effectivité du recours ne signifie pas la certitude d'un résultat favorable au justiciable⁵⁴³³. Elle dépend de plusieurs critères. Leur réunion ne s'impose pas nécessairement dans un recours unique⁵⁴³⁴. Pour être qualifié d'« effectif », le recours doit l'être en pratique comme en droit : il doit exister de fait, mais se montrer également accessible à l'intéressé⁵⁴³⁵. Il faut que celui-ci soit adéquat, organisé de telle sorte qu'il soit possible de dénoncer la méconnaissance des stipulations conventionnelles. L'article 13 requiert « un recours interne habilitant à examiner le contenu d'un "grief défendable" fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié »⁵⁴³⁶. Le juge de Strasbourg l'a encore analysé comme un recours qui permet, soit de faire intervenir plus tôt la décision des juridictions saisies, soit de fournir au justiciable une réparation adéquate pour les retards déjà causés⁵⁴³⁷. Il considère que « l'effectivité des recours exigés par l'article 13 suppose qu'ils puissent empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles. En conséquence, l'article 13 s'oppose à ce que pareilles mesures soient exécutées avant même l'issue de l'examen par les autorités nationales de leur compatibilité avec la Convention »⁵⁴³⁸.

1128. Malgré la protection patente qu'offre ce texte, le recours possède une effectivité relative car atténuée, dès lors qu'il porte sur des actes coercitifs dont le caractère secret doit être conservé. Dans ce cas, la Cour européenne a été contrainte de concilier les dispositions de l'article 13 avec celles de l'article 8 de la Convention. Comment aurait-elle pu faire autrement sans contrevenir à l'impératif de non contradiction entre les normes conventionnelles ? A titre d'illustration, le caractère secret des interceptions téléphoniques signifie l'absence de notification de la mesure à la personne concernée. Une telle notification ruinerait l'efficacité de l'acte coercitif. Or, les instances européennes admettent, sous certaines conditions (légalité, nécessité, proportionnalité...), la validité de ces interceptions sur le fondement de l'article 8 de la Convention, notamment à titre probatoire en procédure pénale. Afin d'éviter toute contradiction, elles n'ont donc eu d'autre choix que d'adapter l'exigence d'un recours

⁵⁴³³ CEDH, 7 juill. 1989, *Soering*, préc., §122 ; CEDH, 25 mars 1993, *Costello-Roberts / Royaume-Uni*, n°13134/87, §40 ; CEDH, 19 déc. 1994, *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi / Autriche*, n°15153/89, §55 ; J.C.P., 1995, I, 3823, n°46, obs. F. SUDRE ; CEDH (Gr. ch.), 26 oct. 2000, *Kudla*, préc., §157 ; CEDH, 20 janv. 2011, *El Shennawy / France*, n°51246/08, §56 ; J.C.P., 2011, 914, n°7, obs. F. SUDRE.

⁵⁴³⁴ CEDH, 25 mars 1983, *Silver et autres / Royaume-Uni*, préc., §113 c) : « L'ensemble des recours offerts par le droit interne peut remplir les exigences de l'article 13 même si aucun d'entre eux n'y répond en entier à lui seul » ; CEDH (Gr. ch.), 15 nov. 1996, *Chahal / Royaume-Uni*, préc., §145 ; CEDH, 20 janv. 2011, *El Shennawy*, préc., §56.

⁵⁴³⁵ V. not., CEDH (Gr. ch.), 26 oct. 2000, *Kudla / Pologne*, préc., §157 et 159.

⁵⁴³⁶ Formule variant quelque peu selon les arrêts, mais dont la substance demeure identique : V. CEDH, 25 mars 1983, *Silver et autres*, préc., §113 a) ; CEDH, 7 juill. 1989, *Soering*, préc., §120 ; CEDH, 30 oct. 1991, *Vilvarajah et autres*, préc., §122 ; CEDH, 19 déc. 1994, *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi*, préc., §53 ; CEDH (Gr. ch.), 26 oct. 2000, *Kudla*, préc., §157 ; CEDH, 10 nov. 2011, *Plathey / France*, n°48337/09, §72. Sur ce point, P. BEAUVAIS, obs. sur CEDH, 3 nov. 2011, *Cocaign / France* et CEDH, 10 nov. 2011, *Plathey / France*, R.P.D.P., 2012, p. 182, spéc. p. 185.

⁵⁴³⁷ CEDH, 2 sept. 2010, *Rumpf / Allemagne*, n°46344/06 (en anglais) ; D., 2011, pan., p. 195, n°5, obs. J.-F. RENUCCI (introduction d'un recours interne effectif permettant de dénoncer la durée excessive d'une procédure judiciaire) ; Rappr., CEDH (Gr. ch.), 26 oct. 2000, *Kudla*, préc., §159.

⁵⁴³⁸ CEDH, 10 nov. 2011, *Plathey / France*, préc., §73 ; CEDH, 20 janv. 2011, *Payet / France*, préc., §129 (formulation identique, les deux arrêts ayant trait à la mise en cellule disciplinaire) ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2012, chron. « un an de... » n°3, spéc. n°28.

effectif à la préservation de l'efficacité de l'acte, partant de sa dissimulation à l'intéressé⁵⁴³⁹. C'est la raison pour laquelle la Cour a jugé qu' « un “recours effectif” selon l'article 13 doit s'entendre d'un recours aussi effectif qu'il peut l'être eu égard à sa portée limitée, inhérente à tout système de surveillance »⁵⁴⁴⁰. Et de conclure à l'absence de violation de ce texte en soulignant que le justiciable placé sur écoutes téléphoniques doit être avisé dès que la mesure de surveillance s'achève et que dès la communication de cette information, il dispose de diverses voies de recours judiciaires pour contester cet acte⁵⁴⁴¹.

1129. Le droit à un recours effectif subit « un substantiel infléchissement » en matière d'écoutes téléphoniques en raison de l'absence de contradiction et de la « nature » du contrôle exercé par les instances européennes⁵⁴⁴². Le juge pénal français a suivi ce sillon, puisqu'il a estimé qu'un demandeur ne saurait alléguer l'absence de recours effectif devant une instance nationale s'il est admis à se pourvoir devant la Cour de cassation⁵⁴⁴³. Il a confirmé cette solution en décidant qu'ayant pu faire valoir ses droits devant les tribunaux français, la personne qui a fait l'objet d'interceptions téléphoniques ne peut invoquer de façon valable la violation de l'article 13 de la Convention⁵⁴⁴⁴. Consciente du rétrécissement de la garantie aménagée par ce texte eu égard à la nécessaire sauvegarde de l'efficacité de l'acte coercitif, la Cour de Strasbourg a renforcé la protection des justiciables « écoutés » en se fondant sur l'article 8 de la Convention. Elle a condamné la position de la chambre criminelle. Selon cette dernière, le requérant était « sans qualité pour critiquer les conditions dans lesquelles a été ordonnée la prolongation d'écoutes téléphoniques sur une ligne attribuée à un tiers ». Cette solution a privé le requérant d'un « “contrôle efficace” tel que voulu par la prééminence du droit »⁵⁴⁴⁵. L'arrêt *Matheron / France*⁵⁴⁴⁶ souligne de nouveau la nécessité pour l'individu de bénéficier d'un « contrôle efficace » pour contester les interceptions de communications téléphoniques dont il a fait l'objet. Le raisonnement suivi par la Cour de cassation est condamné. Il « pourrait conduire à des décisions privant de la protection de la loi un certain nombre de personnes, à savoir toutes celles qui se verraient opposer le résultat d'écoutes téléphoniques réalisées dans des procédures étrangères à la leur (...) ». Dans cette espèce, la violation de l'article 8 se voit en logique retenue,

⁵⁴³⁹ CEDH, 6 sept. 1978, *Klass et autres / Allemagne*, préc., §68.

⁵⁴⁴⁰ CEDH, 6 sept. 1978, *Klass et autres*, préc., §69. Cette jurisprudence, admettant « un recours aussi effectif que possible » eu égard à sa portée limitée, inhérente au contexte, a été reprise : CEDH, 26 mars 1987, *Leander / Suède*, n°9248/81, §78 ; CEDH (Gr. ch.), 26 oct. 2000, *Kudla*, préc., §151.

⁵⁴⁴¹ CEDH, 6 sept. 1978, *Klass et autres*, préc., §71 et 72.

⁵⁴⁴² V. J.-F. FLAUSS, *Écoutes téléphoniques : le point de vue de Strasbourg*, in *Les écoutes téléphoniques : un régime sous surveillance*, R.F.D.A., 1991, p. 89 et s., spéc. p. 98, notant que ces instances se livrent à « une sorte de contrôle “bilan” des diverses voies de recours ouvertes en droit national aux personnes désireuses de se plaindre d'interceptions de leurs communications téléphoniques... et opèrent une “pesée de conventionnalité” accordant une place décisive aux “circonstances particulières de la cause” ». L'individu s'estimant lésé doit pouvoir, d'une part, contester la validité des écoutes qu'il juge contraires à la Convention, d'autre part, demander réparation de son dommage.

⁵⁴⁴³ Cass. crim., 27 mai 1991, Inédit, n°90-85265.

⁵⁴⁴⁴ Cass. crim., 15 juin 1992, Inédit, n°92-85121.

⁵⁴⁴⁵ CEDH, 24 août 1998, *Lambert / France*, préc., spéc. §35 et 40.

⁵⁴⁴⁶ CEDH, 29 mars 2005, préc., §36, 40 à 44.

motif pris de l'absence de contrôle efficace capable de limiter l'acte coercitif à ce qui est « nécessaire dans une société démocratique ».

1130. Ce qui frappe en outre, à la lecture de cette décision, c'est que le contrôle incorporé ne suffit pas à priver le justiciable d'un recours contre les interceptions téléphoniques. Dans son paragraphe 40, l'arrêt se montre éclairant sur ce point puisque le Gouvernement soulignait que les écoutes litigieuses avaient été prescrites par un magistrat et réalisées sous son contrôle. Il considérait alors que « ce constat suffirait à établir l'existence d'un contrôle efficace » et en déduisait que « l'appel devant la chambre de l'instruction était inutile ». La réponse de la Cour à cette argumentation mérite approbation. De manière cohérente et convaincante, elle relève qu'« un tel raisonnement conduirait à considérer que la qualité de magistrat de celui qui ordonne et suit les écoutes impliquerait, *ipso facto*, la régularité des écoutes et leur conformité avec l'article 8, rendant inutile tout recours pour les intéressés ».

1131. La solution peut être rapprochée de celle retenue dans l'arrêt *Ravon* à propos des perquisitions et saisies fiscales⁵⁴⁴⁷. Selon le juge européen, « la circonstance que l'autorisation de procéder à des visites domiciliaires est délivrée par un juge – de sorte qu'à première vue, un contrôle juridictionnel incluant un examen de cette nature se trouve incorporé dans le processus décisionnel lui-même – ne suffit pas à combler cette lacune⁵⁴⁴⁸. En effet, si (...) cela contribue à garantir la préservation du droit au respect de la vie privée et du domicile, l'on ne saurait considérer que l'instance au cours de laquelle le juge examine la demande d'autorisation est conforme à l'article 6 §1, alors que la personne visée par la perquisition projetée – qui ignore à ce stade l'existence d'une procédure intentée à son encontre – ne peut se faire entendre »⁵⁴⁴⁹. Et d'insister sur l'absence de contrôle indépendant de la régularité de l'autorisation elle-même⁵⁴⁵⁰. Or, l'effectivité de ce contrôle demeure un impératif inscrit dans la Constitution de 1958, l'autorité judiciaire s'y voyant érigée en « gardienne de la liberté individuelle »⁵⁴⁵¹. Au total, deux enseignements peuvent être tirés. D'une part, le contrôle incorporé s'avère parfois insuffisant à l'égard de certains actes coercitifs, telles les écoutes téléphoniques. Il ne pallie pas toujours l'absence de recours effectif. D'autre part, le rétrécissement inéluctable des exigences fondées sur l'article 13 de la Convention, dans l'optique de préserver l'efficacité de l'acte

⁵⁴⁴⁷ CEDH, 21 fév. 2008, *Ravon et autres / France*, préc.

⁵⁴⁴⁸ A savoir, le fait que le recours ouvert devant la Cour de cassation, juge du droit, ne permette pas un examen des éléments de fait fondant les autorisations de visites domiciliaires.

⁵⁴⁴⁹ §30 de l'arrêt *Ravon et autres*, préc.

⁵⁴⁵⁰ §31, ce qui lui permet de conclure à la violation de l'article 6 §1 de la Convention.

⁵⁴⁵¹ V. D. COMMARET, *La procédure pénale vue comme modèle (...), op. cit.*, p. 325. Cette exigence de l'effectivité du contrôle du juge judiciaire est sanctionnée par la Cour de cassation : Cass. crim., 19 juin 1989, Bull. crim., n°261 (contrôle de la régularité des moyens de preuve obtenus par l'administration des douanes) ; Cass. ch. mixte, 15 déc. 1988 (5 arrêts), D., 1989, jurispr., p. 189, concl. M. JEOL ; J.C.P., 1989, II, 21263, note O. DUGRIP ; CA Paris (ord.), 4 fév. 2010, J.C.P., 2010, act., 228, obs. C. LOUIT, annulant une ordonnance du juge des libertés pré-rédigée par l'administration.

coercitif, apparaît en quelque sorte compensé par un renforcement du contrôle de l'acte au titre de son article 8⁵⁴⁵².

1132. En réalité, si la garantie inscrite à l'article 13 de la Convention semble affaiblie en présence d'un acte coercitif qui entame le respect de la vie privée (écoutes téléphoniques)⁵⁴⁵³, il en va différemment si un droit intangible est en jeu. Le caractère effectif du recours doit être alors renforcé. Voilà pourquoi ce texte organise un « droit à géométrie variable », constitutif d'un « prisme à travers lequel l'accent est mis sur tel ou tel droit substantiel »⁵⁴⁵⁴. Cette exigence d'effectivité du recours présente une importance considérable pour la sauvegarde des droits de l'homme. Il arrive que l'individu privé de liberté, tel le gardé à vue, subisse des traitements cruels, inhumains ou dégradants, voire des actes de torture, perpétrés par les enquêteurs. A chaque fois qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'un acte de ce genre a été commis, la jurisprudence européenne affirme que les autorités nationales ont l'obligation de procéder aussitôt à une enquête impartiale. L'exigence découle implicitement de la notion de « recours effectif » au sens de l'article 13 de la Convention⁵⁴⁵⁵. Les qualités indispensables de l'enquête ont même été précisées. Ainsi, « pour qu'une enquête sur une allégation de viol commis en garde à vue par un agent de l'Etat soit approfondie et effective, il faut aussi que la victime soit examinée, avec tous les égards nécessaires, par des médecins possédant des compétences particulières en ce domaine et dont l'indépendance ne soit pas limitée par des instructions données par les autorités de poursuite quant à la portée de l'examen qu'ils doivent pratiquer »⁵⁴⁵⁶. Au fond, il n'y a rien de surprenant à ce que la contestation de l'acte coercitif se montre de plus en plus effective.

⁵⁴⁵² Et même au titre de l'article 6 §1 de la Convention pour ce qui est des perquisitions fiscales, bien qu'elles n'appartiennent pas à la procédure pénale. A la suite de l'arrêt *Ravon*, la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a été adoptée (J.O. du 5 août 2008, p. 12471). Elle a institué un recours non suspensif, portant à la fois sur le contentieux de l'autorisation et sur celui de l'exécution du droit de visite et de saisie visé aux articles L. 16 B et L. 38 du L.P.F. (et 64 du C. douanes : V. S. RIDEAU-VALENTINI, *Les droits de la défense (...), op. cit.*, p. 209). L'ordonnance d'autorisation peut donc faire l'objet d'un appel devant le premier président de la cour d'appel dans un délai de quinze jours. La décision de ce magistrat est susceptible d'un pourvoi en cassation dans les quinze jours. Ces recours sont effectifs, puisqu'ils tendent à assurer *a posteriori* un véritable contrôle juridictionnel, en fait comme en droit. L'intéressé bénéficie d'un « redressement approprié », comme l'impose la jurisprudence européenne (V. H. MATSOPOULOU, obs. sur CEDH, 21 fév. 2008, *Ravon et autres / France*, Rev. sc. crim., 2008, p. 598, spéc. p. 605. Pour un bilan plus mitigé de la réforme de 2008, B. BELDA, note sous Cass. com., 2 fév. 2010 (2 arrêts), J.C.P., 2010, 300). Les dispositions de l'article L. 16 B du L.P.F. ont été jugées conformes à la Constitution : C.C., Q.P.C., 30 juill. 2010, n°2010-19/27, Procédures, 2010, comm. n°393, note L. AYRAULT. Compte tenu de l'instauration d'un appel, le pourvoi exercé directement contre l'ordonnance d'autorisation de perquisition fiscale est irrecevable : Cass. crim., 25 fév. 2009, Inédit, n°08-82984 ; Rev. sc. crim., 2009, p. 600, obs. H. MATSOPOULOU.

⁵⁴⁵³ La Cour européenne n'exigeant alors qu' « un recours aussi effectif qu'il puisse l'être ».

⁵⁴⁵⁴ D. DE BRUYN, *op. cit.*, p. 201.

⁵⁴⁵⁵ CEDH, 18 déc. 1996, *Aksoy / Turquie*, préc., §98 à 100. La Cour fait une lecture combinée des articles 3 et 13 de la Convention ; D. DE BRUYN, *op. cit.*, p. 202. Il existe en outre une obligation procédurale d'enquête effective, lorsqu'une violation de l'article 2 ou 3 de la Convention est alléguée. Il ne s'agit pas d'un grief distinct à invoquer sous l'angle du seul article 13, car il est trop lié à l'objet de la protection dont il est question : CEDH (Gr. ch.), 24 mars 2011, *Giuliani et Gaggio / Italie*, n°23458/02, préc., §298.

⁵⁴⁵⁶ CEDH (Gr. ch.), 25 sept. 1997, *Aydin / Turquie*, n°57/1996/676/866, §107.

2°- L'effectivité croissante

1133. Progressivement, les recours intentés à l'encontre de l'acte coercitif ont été autorisés, mais ont aussi gagné en effectivité. Une illustration significative de cette assertion reste l'extradition. Bien connue, l'évolution de la jurisprudence à son sujet peut être rappelée dans ses grandes lignes, de façon succincte⁵⁴⁵⁷. C'est l'arrêt *Dore* qui a mis fin à l'irrecevabilité du pourvoi formé par la personne réclamée contre l'avis positif de la chambre d'accusation sur son extradition⁵⁴⁵⁸. Une telle solution a été le prolongement de la protection des droits de l'individu dans le contentieux de la liberté. La Cour de cassation a déjà admis le pourvoi en cassation contre l'avis de la chambre d'accusation lorsqu'elle statue sur une demande de mise en liberté⁵⁴⁵⁹. Elle a en outre considéré, au visa de l'article 23 de la loi de 1927, qu'en l'absence de dispositions contraires, la personne extradée est recevable à relever appel devant la chambre d'accusation, de l'ordonnance du juge d'instruction rejetant sa requête en nullité de l'extradition⁵⁴⁶⁰.

1134. Ces différentes solutions se trouvent consacrées en droit positif. L'article 696-15 *in fine* du C.P.P. reprend la jurisprudence *Dore*⁵⁴⁶¹, même s'il s'avère regrettable que les garanties édictées à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme ne soient pas appliquées à l'extradition⁵⁴⁶². Reste que la chambre criminelle se montre exigeante lorsque la situation de la personne réclamée risque d'être aggravée pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques. Elle casse les arrêts de chambres de l'instruction insuffisamment motivés à cet égard en application de la Convention européenne d'extradition de 1957⁵⁴⁶³. Un recours pour excès

⁵⁴⁵⁷ Avant l'évolution, J. LEMONTEY, Du rôle de l'autorité (...), *op. cit.*, p. 210 et s. Après celle-ci, A. ZAÏRI, Le principe de la spécialité (...), *op. cit.*, n°179 et s., p. 112 et s. ; E. SERVIDIO-DELABRE, Le rôle de la chambre d'accusation (...), *op. cit.*, p. 121 et s.

⁵⁴⁵⁸ Cass. crim., 17 mai 1984, Bull. crim., n°183 ; D., 1984, jurispr., p. 536, note W. JEANDIDIER. En revanche, a été jugé irrecevable le pourvoi de l'étranger contre la décision qui lui a donné acte de la déclaration par laquelle il renonçait au bénéfice de la loi du 10 mars 1927 et consentait à être livré aux autorités du pays requérant : Cass. crim., 11 oct. 1988, Bull. crim., n°342.

⁵⁴⁵⁹ Cass. crim., 26 avril 1983 (2 arrêts, *Genghini*), Bull. crim., n°115 et Bull. crim., n°116 ; Cass. crim., 26 nov. 1985, Bull. crim., n°375. Pour une étude à ce sujet, F. FAZLOLLAHI, La fraude à l'extradition, *op. cit.*, n°328 et s., p. 205 et s. Cette solution était *contra legem* (au regard de l'article 20 de la loi de 1927).

⁵⁴⁶⁰ Cass. crim., 22 mai 2001, Bull. crim., n°131. Sur ce point, V. R. KOERING-JOULIN, J.-L. GALLET, L'application au fond de la Convention (...), *op. cit.*, p. 133 à 135, faisant remarquer que « le moyen de défense principal de l'extradé va consister à plaider l'irrégularité et donc la nullité de l'extradition obtenue », et critiquant l'application et l'interprétation de l'article 23, al. 4 de la loi du 10 mars 1927 par la jurisprudence au regard de l'article 5 §4 de la Convention.

⁵⁴⁶¹ « Le pourvoi formé contre un avis de la chambre de l'instruction ne peut être fondé que sur des vices de forme de nature à priver cet avis des conditions essentielles de son existence légale ». La Cour de cassation a refusé de transmettre au juge constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur ce texte (V. Cass. crim., 26 juin 2013, Bull. crim., n°171 ; Cass. crim., 26 juin 2013, Inédit, n°13-82156 ; F. FOURMENT, Le pourvoi en cassation (...), *op. cit.*, p. 112).

⁵⁴⁶² Telle est la position de la Cour de cassation (Cass. crim., 26 oct. 1993, Bull. crim., n°312), mais aussi de la Cour européenne des droits de l'homme. Pour une critique de cette solution contestable, M. LUGATO, Mandat d'arrêt européen, extradition et droit à un procès équitable, R.G.D.I.P., 2008, p. 601 et s., not. p. 603 à 606.

⁵⁴⁶³ Cass. crim., 16 sept. 2009, A.J. pénal, 2010, jurispr., p. 84, obs. J. LELIEUR (à propos de l'extradition d'un réfugié géorgien vers la Russie). Rapp., Cass. crim., 29 oct. 2008, Bull. crim., n°217, pour une peine éventuelle contraire à l'ordre public français (amputation), bien que la cassation soit prononcée au visa de l'article 696 du C.P.P., les Emirats Arabes Unis n'étant pas partie à la Convention européenne d'extradition de 1957.

de pouvoir demeure, de surcroît, ouvert devant le Conseil d'Etat contre le décret d'extradition⁵⁴⁶⁴. Dans son troisième alinéa, l'article 696-11 du C.P.P. indique, par ailleurs, que la décision d'incarcération et de placement sous écrou extraditionnel de la personne réclamée par le premier président de la cour d'appel ou le magistrat désigné par lui, ou celle de la soumettre à une ou plusieurs des mesures prévues aux articles 138 et 142-5, est susceptible de recours devant la chambre de l'instruction qui doit statuer dans un délai de cinq jours. Quant à l'article 696-19 du C.P.P., il énonce le droit de demander sa mise en liberté à tout moment à la chambre de l'instruction selon les formes prévues aux articles 148-6 et 148-7⁵⁴⁶⁵.

1135. La même idée se retrouve pour un acte assez proche, le mandat d'arrêt européen. On mesure à quel point le pourvoi en cassation est devenu un recours effectif en ce qui concerne cet acte coercitif⁵⁴⁶⁶. En effet, « le contrôle exigeant qu'exerce ou pourrait être appelée à exercer la chambre criminelle, en particulier sur le droit *lato sensu* de l'Etat d'émission, n'est pas sans évoquer, *mutatis mutandis* s'agissant ici d'un mécanisme exclusivement judiciaire, le contrôle étroit exercé par le Conseil d'Etat sur le décret d'extradition. Non content d'être "créateur", le rôle joué par la Cour de cassation est également protecteur, rassurant ainsi tous ceux, au premier rang desquels les avocats, qui redoutaient que l'Europe de la sécurité intérieure ne se fit "au détriment des droits et libertés fondamentales trop fréquemment délaissées pour satisfaire les besoins d'exécution rapide des procédures judiciaires transfrontalières" »⁵⁴⁶⁷. Il convient de se référer à un arrêt rendu le 14 septembre 2005⁵⁴⁶⁸. Y est précisé le contrôle que doit réaliser la chambre de l'instruction si plusieurs infractions sont visées dans le mandat d'arrêt européen. Celle-ci doit vérifier chaque infraction inscrite dans le mandat au regard des conditions prévues par le Code de procédure pénale, le contenu de son arrêt conditionnant le champ des poursuites ou l'exécution des condamnations dans l'Etat d'émission⁵⁴⁶⁹.

1136. Le Conseil constitutionnel a été saisi par le juge pénal d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'absence de recours contre la décision de la chambre de l'instruction autorisant, après remise de la personne à un Etat membre de l'Union européenne en application d'un

⁵⁴⁶⁴ Art. 696-18, al. 2 du C.P.P. Sur la répartition des compétences entre Conseil d'Etat et Cour de cassation : CE, Ass., 26 sept. 1984 (*Lujambio Galdeano*), J.C.P., 1985, II, 20346, concl. B. GENEVOIS, note W. JEANDIDIER ; Cass. crim., 26 juin 2013, Bull. crim., n°171, préc.

⁵⁴⁶⁵ *Adde*, art. 696-32 du C.P.P., pour la procédure simplifiée d'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne (mise en liberté, mainlevée ou modification du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence avec surveillance électronique).

⁵⁴⁶⁶ Si la cassation est prononcée, cela a pour effet de remettre la cause et les parties au même et semblable état où elles se trouvaient avant la décision annulée. Lorsque la chambre de l'instruction est saisie, sur renvoi après cassation, d'une autorisation de remise en exécution d'un mandat d'arrêt européen, elle doit statuer tant sur les exceptions soulevées par la personne recherchée que sur les conditions légales d'exécution du mandat d'arrêt européen : Cass. crim., 23 avril 2013, Bull. crim., n°96.

⁵⁴⁶⁷ R. KOERING-JOULIN, Mandat d'arrêt européen et contrôle du droit de l'Etat d'émission. D'un « degré de confiance élevé » à une confiance mesurée, *in* Etudes à la mémoire du professeur Bruno OPPETIT, Litec, 2009, p. 395 et s., spéc. n°37, p. 409. V. Cass. crim., 15 oct. 2013, Bull. crim., n°190 ; A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 193, obs. (approbatives) J. LELIEUR.

⁵⁴⁶⁸ Cass. crim., 14 sept. 2005, A.J. pénal, 2005, jurisp., p. 457, obs. C.-S. E.

⁵⁴⁶⁹ V. C.-S. E., obs. sur Cass. crim., 14 sept. 2005, A.J. pénal, 2005, jurisp., p. 457.

mandat d'arrêt européen, l'extension des effets de ce mandat à d'autres infractions sur le fondement de l'article 695-46, alinéa 4, du C.P.P.⁵⁴⁷⁰. Il a alors demandé à la Cour de justice de l'Union européenne de statuer, à titre préjudiciel, sur l'interprétation de la décision-cadre européenne afin de savoir si l'Etat a l'obligation de prévoir que le juge statue sans recours dans une telle situation⁵⁴⁷¹. Dans une décision du 30 mai 2013, la Cour de Luxembourg décide que « les articles 27, paragraphe 4, et 28, paragraphe 3, sous c), de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil, du 26 février 2009, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce que les Etats membres prévoient un recours suspendant l'exécution de la décision de l'autorité judiciaire qui statue, dans un délai de trente jours à compter de la réception de la demande, afin de donner son consentement soit pour qu'une personne soit poursuivie, condamnée ou détenue en vue de l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté, pour une infraction commise avant sa remise en exécution d'un mandat d'arrêt européen, autre que celle qui a motivé cette remise, soit pour la remise d'une personne à un Etat membre autre que l'Etat membre d'exécution, en vertu d'un mandat d'arrêt européen émis pour une infraction commise avant ladite remise, pour autant que la décision définitive est adoptée dans les délais visés à l'article 17 de la même décision-cadre »⁵⁴⁷². Une fois cette interprétation livrée, les juges de la rue Montpensier ont prononcé une censure logique⁵⁴⁷³. Selon eux, en privant les parties de la possibilité de former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la chambre de l'instruction, les dispositions de l'article 695-46 du C.P.P. apportent une restriction injustifiée au droit d'exercer un recours juridictionnel effectif. Les mots « sans recours », prévus au quatrième alinéa de ce texte, sont donc contraires aux exigences des articles 6 et 16 de la Déclaration de 1789⁵⁴⁷⁴. Le quatrième alinéa de l'article 695-46 du C.P.P. a donc été complété par l'article 18 de la loi n°2013-711 du 5 août 2013. D'après ce texte, la décision de la chambre de l'instruction peut désormais faire l'objet d'un pourvoi en cassation exercé par le procureur

⁵⁴⁷⁰ Cass. crim., 19 fév. 2013, Inédit, n°13-80491.

⁵⁴⁷¹ C.C., Q.P.C., 4 avril 2013, n°2013-314P, préc. Selon la doctrine, « l'articulation des contrôles s'explique d'abord et avant tout par une conception stricte de la répartition des compétences juridictionnelles et que, dans le cadre d'une QPC comme dans celui du contrôle de constitutionnalité *a priori*, le Conseil ne s'estime jamais compétent pour examiner la norme de droit dérivé que la disposition législative qu'il contrôle a pour objet de transposer non plus que pour examiner sa conformité au droit primaire » (V. A. LEVADE, note sous C.C., Q.P.C., 14 juin 2013, n°2013-314, J.C.P., 2013, 842).

⁵⁴⁷² CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F. / Premier ministre*, aff. C-168/13 PPU ; D., 2013, act., p. 1414 ; J.C.P., 2013, 851, note C. MAURO. Sur la question, B. THELLIER DE PONCHEVILLE, Mandat d'arrêt européen et droits fondamentaux : la CJUE à la recherche d'un équilibre, *op. cit.*, spéc. p. 411 et 417 à 419, indiquant (p. 419) que l'affaire *Jeremy F* « atteste que l'Etat d'exécution doit respecter les droits fondamentaux dans la mise en œuvre de la procédure d'exécution du MAE ».

⁵⁴⁷³ C.C., Q.P.C., 14 juin 2013, n°2013-314, *M. Jeremy F.*, J.O. du 16 juin 2013, p. 10024, cons. 9 ; J.C.P., 2013, 842, note A. LEVADE ; Procédures, 2013, comm. n°265, note J. BUISSON ; Rev. sc. crim., 2013, chron., p. 903, obs. B. DE LAMY ; R.P.D.P., 2014, chron., p. 118, obs. T.-S. RENOUX et X. MAGNON. Logique, la censure opérée l'est en l'espèce, « l'absence de possibilité de pourvoi ne reposant sur aucune justification et privant l'individu d'une garantie importante compte tenu des conséquences pénales, pour lui, de l'extension du mandat d'arrêt européen » : B. DE LAMY, obs. sur C.C., Q.P.C., 14 juin 2013, n°2013-314, Rev. sc. crim., 2013, chron., p. 903, spéc. p. 906.

⁵⁴⁷⁴ Sur la différence de conception du droit au recours et ses fondements entre le juge constitutionnel et la Cour de justice de l'Union européenne : C. MAURO, note sous CJUE, 30 mai 2013, aff. C-168/13 PPU, J.C.P., 2013, 851. Si pour le juge européen, « il s'agit d'un droit à l'accès au tribunal, fondé sur la garantie judiciaire, pour le Conseil constitutionnel le droit au recours implique un droit au double degré de juridiction, fondé sur le principe d'égalité des citoyens devant la loi et sur la garantie des droits ».

général ou par la personne recherchée. Il doit être formé dans un délai de trois jours selon les conditions prévues par les articles 568-1 et 574-2 du C.P.P.⁵⁴⁷⁵.

1137. Jusqu'à une période récente, la contestation de l'acte coercitif a gagné en effectivité sur un autre point, celui du préjudice indirect. L'interprétation de la qualité pour agir dont dépend la recevabilité de la requête en annulation a donné lieu à des évolutions. Pour qu'une requête en nullité soit recevable, le requérant doit nécessairement avoir qualité pour agir. Dans un premier temps, la jurisprudence a considéré que « seul celui qui en est personnellement victime a qualité pour invoquer une violation des règles de procédure »⁵⁴⁷⁶. C'est procéder à une interprétation restrictive de la notion, dans la mesure où le requérant doit avoir un intérêt direct. Il faut un lien entre lui et le ou les actes dont la nullité est demandée⁵⁴⁷⁷. La personne poursuivie ne saurait dès lors invoquer une irrégularité qui, à la supposer établie, aurait été commise au préjudice d'un tiers. Loin de se cantonner aux seuls actes coercitifs, cette solution a été appliquée de manière générale⁵⁴⁷⁸. Elle a néanmoins été retenue, de manière frappante, pour bon nombre d'entre-eux, tels les contrôles d'identité⁵⁴⁷⁹ et les interpellations⁵⁴⁸⁰, les auditions en garde à vue⁵⁴⁸¹, les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications⁵⁴⁸², la sonorisation⁵⁴⁸³ ou les perquisitions⁵⁴⁸⁴.

1138. Critiquable, cette position apparaît même intenable au vu des jurisprudences européenne et nationale. En premier lieu, la France a été condamnée en raison de l'absence de contrôle efficace de la nécessité et de la proportionnalité des actes coercitifs accomplis. Pour conclure à la violation de l'article 8 de la Convention, l'arrêt *Lambert*⁵⁴⁸⁵ souligne que la solution adoptée par le juge pénal français n'a permis aucune contestation de la prolongation d'écoutes téléphoniques en ne reconnaissant pas la qualité à agir au mis en examen, sous prétexte qu'elles ont été opérées depuis la ligne téléphonique d'un tiers. Or, la personne poursuivie a légitimement voulu contester ces

⁵⁴⁷⁵ Sur ce point, A. VARINARD, obs. sur la loi du 5 août 2013 et le décret du 25 oct. 2013, R.P.D.P., 2014, chron., p. 225, spéc. p. 228 et 229.

⁵⁴⁷⁶ V. par ex., Cass. crim., 15 fév. 2000 (*Vetter*), Bull. crim., n°68, préc.

⁵⁴⁷⁷ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op. cit.*, n°2355.

⁵⁴⁷⁸ Elle a, par exemple, été adoptée pour la violation alléguée de l'article 105 du C.P.P. qui prohibe les mises en examen tardives (Cass. crim., 23 avril 1981, Bull. crim., n°117 ; Cass. crim., 4 mars 2004, Bull. crim., n°57), ou pour statuer sur la régularité d'une commission rogatoire étrangère au dossier dont la chambre d'accusation était saisie (Cass. crim., 13 oct. 1998, Bull. crim., n°254, préc. (1^{er} moyen) ; Dr. pénal, 1999, comm. n°34).

⁵⁴⁷⁹ Cass. crim., 20 mars 1995, Inédit, n°94-80251 ; Cass. crim., 16 janv. 1996, Bull. crim., n°24.

⁵⁴⁸⁰ Cass. crim., 20 mars 1995, préc. : « Attendu que le demandeur est sans qualité pour invoquer l'irrégularité prétendue de l'interpellation de ses co-prévenus » ; Cass. crim., 14 déc. 1999, Bull. crim., n°304 ; Dr. pénal, 2000, chron. n°31 par C. MARSAT. Visant les articles 171 et 802 du C.P.P., elle casse l'arrêt d'appel et précise « qu'il résulte de ces textes que celui qui invoque l'absence ou l'irrégularité d'une formalité protectrice des droits des parties n'a qualité pour le faire que si cette irrégularité le concerne ».

⁵⁴⁸¹ Cass. crim., 1^{er} oct. 2003, Bull. crim., n°177, préc.

⁵⁴⁸² Cass. crim., 23 avril 1981, Bull. crim., n°117, préc. ; Cass. crim., 15 mars 1988, Bull. crim., n°128 ; Cass. crim., 14 nov. 2001, Bull. crim., n°238, préc.

⁵⁴⁸³ Cass. crim., 31 mars 1998, Bull. crim., n°121 (enregistrement de conversations échangées au parloir d'une maison d'arrêt entre un autre mis en examen et les membres de sa famille).

⁵⁴⁸⁴ Cass. crim., 15 fév. 2000, préc. ; Cass. crim., 25 nov. 2003, A.J. pénal, 2004, jurisp., p. 76, obs. J. L.-H.

⁵⁴⁸⁵ CEDH, 24 août 1998, *Lambert / France*, préc., §34 à 41.

interceptions puisque sa mise en examen en a été la conséquence directe. Elle doit pouvoir également critiquer la captation des conversations échangées avec un autre individu au moyen de la sonorisation, sans se voir opposer l'argument factice que le dispositif se trouve dans l'appartement d'un tiers⁵⁴⁸⁶. Dans son arrêt *Matheron*⁵⁴⁸⁷, la Cour européenne a mis en exergue la non-conformité de la conception interne à l'aune des exigences conventionnelles. Il ne saurait y avoir de contrôle efficace de l'acte coercitif, en l'occurrence des écoutes téléphoniques, si le justiciable ne bénéficie d'aucun recours portant sur la validité de cet acte parce qu'il provient d'une autre enquête⁵⁴⁸⁸.

1139. En second lieu, une telle jurisprudence procède d'un raisonnement spécieux de la Cour de cassation sur le grief né de l'irrégularité. Elle estime, au fond, que celui-ci n'est qu'indirect lorsque la personne dénonçant l'irrégularité commise n'a pas elle-même subie l'acte irrégulier⁵⁴⁸⁹. Comme ce ne sont pas ses propres libertés individuelles qui sont atteintes par la mesure litigieuse mais celles d'un tiers, elle se voit privée du droit de contester la régularité de celle-ci, plus largement, la procédure⁵⁴⁹⁰. Ce raisonnement aurait pu être admis si l'acte irrégulier ne pouvait servir d'élément de preuve contre la personne n'ayant pas personnellement souffert de l'atteinte à ses libertés. Voilà la principale difficulté sur laquelle achoppe la solution retenue. La chambre criminelle a jugé qu'aucune disposition du Code de procédure pénale n'interdit aux juges répressifs de verser au dossier dont ils sont saisis les éléments tirés d'une autre procédure, à condition que soient respectés la libre discussion des parties et le principe du contradictoire⁵⁴⁹¹. S'il convient d'admettre, avec la Haute juridiction judiciaire, que l'acte coercitif n'a pas entamé l'une des libertés de l'individu dans ce cas, il faut en revanche observer qu'il subit un grief, au moins indirect, puisque les magistrats utilisent cet acte comme moyen de preuve. Dès lors, même à défaut de souffrir un grief direct et personnel, celui-ci doit conserver la possibilité d'en contester la régularité. Lui octroyer ce droit s'avère tout à fait naturel sous cet angle.

1140. Sous la pression des exigences européennes, en particulier après l'arrêt *Matheron*, un revirement de jurisprudence apparaît inéluctable. Un arrêt rendu en 2003 l'annonce⁵⁴⁹², mais sa

⁵⁴⁸⁶ CEDH, 31 mai 2005, *Vetter / France*, préc., §28, même si la Cour ne développe pas sa motivation sur ce point. Elle a retenu une violation de l'article 8 de la Convention au motif que l'acte coercitif n'était pas prévu par la loi.

⁵⁴⁸⁷ CEDH, 29 mars 2005, *Matheron / France*, préc., §40 à 44.

⁵⁴⁸⁸ §41 de l'arrêt *Matheron*. Pour une étude de la jurisprudence *Lambert et Matheron* : S. JACOPIN, La réception par les lois pénales françaises contemporaines (...), *op. cit.*, spéc. n°8.

⁵⁴⁸⁹ V. not., Cass. crim., 15 mars 1988, Bull. crim., n°128, préc. ; Cass. crim., 10 mars 1993, Bull. crim., n°106.

⁵⁴⁹⁰ Cass. crim., 15 mars 1988, préc. : « Qu'enfin, le demandeur qui n'a personnellement souffert d'aucune atteinte dans les droits reconnus par l'article 8 de la Convention européenne (...), ne saurait se prévaloir de cette disposition pour contester la validité d'écoutes téléphoniques régulièrement ordonnées au domicile de tiers ».

⁵⁴⁹¹ Cass. crim., 23 juill. 1985, Bull. crim., n°275 ; Cass. crim., 9 mars 1995, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°252, note J. BUISSON ; Cass. crim., 6 oct. 1999, Bull. crim., n°210 ; Cass. crim., 16 mai 2000, Bull. crim., n°190. Sur ce point, J. BUISSON, Les limites de l'intime conviction du juge répressif, Procédures, 2000, chron. n°6.

⁵⁴⁹² Cass. crim., 15 janv. 2003, Bull. crim., n°10 ; Dr. pénal, 2003, comm. n°54, note A. MARON et M. HAAS ; Procédures, 2003, comm. n°121, note J. BUISSON, relatif à des écoutes téléphoniques, même si la cassation n'est pas prononcée en l'espèce.

solution semble vite abandonnée⁵⁴⁹³. Dans une décision du 7 décembre 2005⁵⁴⁹⁴, la Cour de cassation écarte la conception stricte de l'intérêt à agir de l'auteur d'une requête en nullité pour adopter « une conception plus compréhensive qui lui permette, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, un contrôle efficace des actes coercitifs d'administration de la preuve »⁵⁴⁹⁵. Il ressort de l'arrêt que la chambre de l'instruction doit exercer un contrôle sur la régularité de l'interception, l'enregistrement et la transcription des conversations téléphoniques, lorsqu'ils ont été pratiqués au cours de la procédure dont elle est saisie, mais également lorsqu'ils ont été réalisés lors d'une procédure distincte et que ces pièces ont été versées dans la procédure concernée. Retenant la conception de l'intérêt indirect, donc du grief indirect, cette solution a été confirmée⁵⁴⁹⁶. Elle ne se limite pas aux interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications⁵⁴⁹⁷. Elle s'applique aussi à la sonorisation du parloir d'une personne placée en détention provisoire⁵⁴⁹⁸, au contrôle d'identité⁵⁴⁹⁹ ou à la prolongation de la garde à vue d'un tiers⁵⁵⁰⁰.

1141. La chambre criminelle a apporté une précision importante à cette évolution appréciable, qui permet « d'assurer un meilleur contrôle des actes de police et d'instruction et de protéger plus efficacement les personnes impliquées à la suite d'un acte irrégulier »⁵⁵⁰¹. Au visa des articles 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, 171 et 802 du C.P.P., elle énonce que « le requérant à la nullité peut invoquer l'irrégularité d'un acte de la procédure concernant un tiers si cet acte, illégalement accompli, a porté atteinte à ses intérêts »⁵⁵⁰². L'exigence a été ensuite maintenue. Le demandeur qui invoque la nullité des procès-verbaux d'audition d'une autre personne placée en garde à vue, en raison du défaut de notification à cette dernière du droit de se taire et de bénéficier de l'assistance effective et concrète d'un avocat, doit démontrer en quoi l'irrégularité qu'il allègue a porté

⁵⁴⁹³ V. not., Cass. crim., 1^{er} oct. 2003, préc. ; Cass. crim., 25 nov. 2003, préc.

⁵⁴⁹⁴ Cass. crim., 7 déc. 2005, Bull. crim., n°327 ; Rev. sc. crim., 2006, p. 343, obs. D.-N. COMMARET. En l'espèce, les conversations téléphoniques des protagonistes d'une affaire de trafic de cannabis (information n°1), régulièrement interceptées, enregistrées et transcrites, au regard notamment de l'article 8 de la Convention européenne, ont été versées dans le dossier d'une affaire de trafic de cocaïne (information n°2) mettant en cause certains de ces individus.

⁵⁴⁹⁵ J. BUISSON, note sous Cass. crim., 15 janv. 2003, Procédures, 2003, comm. n°121.

⁵⁴⁹⁶ Cass. crim., 8 juin 2006, Bull. crim., n°166 ; Rapport de la Cour de cassation 2006, p. 437 ; Dr. pénal, 2006, comm. n°115, note A. MARON (interceptions téléphoniques) ; Cass. crim., 19 déc. 2007, Bull. crim., n°317, préc. (*idem*).

⁵⁴⁹⁷ V. Cass. crim., 31 janv. 2006, Dr. pénal, 2006, comm. n°93, note A. MARON ; Rev. sc. crim., 2006, p. 343, obs. D.-N. COMMARET, à propos d'une enquête économique ne figurant « qu'à titre de simple renseignement dans une procédure de droit commun » et non soumise aux conditions de forme régissant les actes de l'enquête préliminaire, selon les juges du fond. L'arrêt est cassé au visa de l'article 593 du C.P.P.

⁵⁴⁹⁸ Cass. crim., 1^{er} mars 2006, Procédures, 2006, comm. n°142, note J. BUISSON (solution implicite).

⁵⁴⁹⁹ Cass. crim., 6 sept. 2006, Bull. crim., n°208 ; A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 509, obs. C. GIRAULT ; J.C.P., 2007, II, 10081, note H. MATSOPOULOU ; Procédures, 2006, comm. n°249, note J. BUISSON, qui censure la décision d'une chambre de l'instruction ayant considéré que seule la personne dont l'identité a été contrôlée peut soulever l'irrégularité du contrôle et déclarant irrecevable la requête en annulation du mis en examen suite à son implication par la personne contrôlée.

⁵⁵⁰⁰ Cass. crim., 31 oct. 2006, Bull. crim., n°263 ; Rapport de la Cour de cassation 2006, p. 439.

⁵⁵⁰¹ C. GIRAULT, obs. sur Cass. crim., 6 sept. 2006, A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 509. V. aussi : H. MATSOPOULOU, note sous Cass. crim., 6 sept. 2006, J.C.P., 2007, II, 10081, pour qui cette décision « inaugure une ère nouvelle », la gravité des faits ne pouvant « justifier une négation de l'Etat de droit ».

⁵⁵⁰² Cass. crim., 6 sept. 2006, préc. ; Cass. crim., 31 mai 2007, Bull. crim., n°146, précisant que le demandeur n'est recevable à invoquer l'irrégularité d'un acte concernant un autre mis en examen n'ayant pas requis cette annulation, qu'à la condition de préciser en quoi cette irrégularité a porté atteinte à ses intérêts ; Cass. crim., 16 fév. 2011, Bull. crim., n°29 (cassation), à propos d'écoutes téléphoniques.

atteinte à ses intérêts, sous peine d'irrecevabilité de sa requête⁵⁵⁰³. Mettant en œuvre le contrôle efficace, cher au juge européen, la Cour de cassation a donc posé une condition à la recevabilité de la requête du justiciable arguant de l'annulation d'un ou plusieurs actes coercitifs exécutés à l'égard d'un tiers, également poursuivi en règle générale. Il doit démontrer un grief, fût-il indirect⁵⁵⁰⁴, sans se contenter de la simple allégation d'un intérêt indirect⁵⁵⁰⁵.

1142. Toutefois, la Cour de cassation a opéré un nouveau revirement de jurisprudence le 14 février 2012⁵⁵⁰⁶. Elle décide, au visa des articles 171 et 802 du C.P.P., que « la méconnaissance des formalités substantielles auxquelles est subordonnée la garde à vue ne peut être invoquée à l'appui d'une demande d'annulation d'acte ou de pièce de procédure que par la partie qu'elle concerne »⁵⁵⁰⁷. Or en l'espèce, « le demandeur était sans qualité pour se prévaloir de la méconnaissance d'un droit qui appartient en propre à une autre personne »⁵⁵⁰⁸. Il est vrai que cette solution apparaît conforme à la lettre stricte des articles 171 et 802 du C.P.P. Ceux-ci évoquent une atteinte « aux intérêts de la partie qu'elle concerne », ce qui laisse penser qu'ils excluent les droits des tiers⁵⁵⁰⁹. A la lecture de la décision, la personne se trouve privée du droit d'agir en annulation, il ne lui est plus possible de démontrer une atteinte à ses intérêts. Ayant perdu la qualité à agir, toute invocation d'un grief demeure exclue⁵⁵¹⁰. Marquant un retour vers une conception plus restrictive de la qualité à agir en nullité de la garde à vue, cet arrêt encourt la critique. Un individu ne peut plus arguer de la nullité de l'acte coercitif illégalement accompli à l'égard d'un tiers, alors que l'acte irrégulier peut lui causer un préjudice⁵⁵¹¹.

⁵⁵⁰³ Cass. crim., 27 avril 2011, Bull. crim., n°75 ; Cass. crim., 27 sept. 2011, Bull. crim., n°186 ; V. GEORGET, Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2012, chron. préc., spéc. n°15.

⁵⁵⁰⁴ Sur la fusion que semble opérer la jurisprudence des exigences de qualité pour agir et d'intérêt à agir, F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2033.

⁵⁵⁰⁵ Et le demandeur en annulation de procès-verbaux d'audition en garde à vue, par exemple, demeure « sans qualité pour se prévaloir de la méconnaissance d'un droit qui appartient en propre à une autre personne », tel le droit de se taire ou le droit à l'assistance d'un avocat, notamment si la personne a renoncé à exercer l'un de ses droits : Cass. crim., 24 nov. 2010, Inédit, n°10-86713.

⁵⁵⁰⁶ Cass. crim., 14 fév. 2012, Bull. crim., n°43 ; D., 2012, p. 775, concl. D. BOCCON-GIBOD et p. 779, note (critique) H. MATSOPOULOU ; A.J. pénal, 2012, jurisp., p. 159, obs. (approbatives) C. GUERY ; J.C.P., 2012, act., 242, obs. J.-Y. MARECHAL ; J.C.P., 2012, 485, note (approbative) J. PRADEL ; Dr. pénal, 2012, comm. n°61, note A. MARON et M. HAAS ; R.P.D.P., 2012, p. 379, obs. C. RIBEYRE ; E. VERNY, L'interprétation des lois pénales de forme, *op. cit.*, p. 947 et 948. Sur toute la question : C. LARONDE-CLERAC, La pratique jurisprudentielle des nullités (...), *op. cit.*, n°15 à 19.

⁵⁵⁰⁷ V. aussi, Cass. crim., 14 fév. 2012, Bull. crim., n°42, reprenant exactement le même attendu.

⁵⁵⁰⁸ Rapp., un arrêt resté isolé et d'ailleurs non publié : Cass. crim., 24 nov. 2010, Inédit, n°10-86713 : « Qu'en effet, les demandeurs sont sans qualité pour se prévaloir de la méconnaissance d'un droit qui appartient en propre à une autre personne » (droit de se taire en l'espèce).

⁵⁵⁰⁹ D. BOCCON-GIBOD, concl. sur Cass. crim., 14 fév. 2012, D., 2012, p. 775, spéc. p. 776 ; C. GUERY, obs. sur Cass. crim., 14 fév. 2012, A.J. pénal, 2012, jurisp., p. 159, spéc. p. 161 ; J. PRADEL, note sous Cass. crim., 14 fév. 2012, J.C.P., 2012, 485 : « Peut-être tout de même, le mot "concerné" vise-t-il plus spécialement la personne même visée par l'acte, celle qui est impliquée elle-même dans l'acte irrégulier ». Pour une autre lecture de ces textes, H. MATSOPOULOU, note sous Cass. crim., 14 fév. 2012, D., 2012, p. 779, not. p. 782 ; J. DANET, obs. sur Cass. crim., 26 juin 2013, Rev. sc. crim., 2013, p. 591, spéc. p. 593 et 594.

⁵⁵¹⁰ Sur ce point : C. GUERY, obs. préc., p. 161 ; C. RIBEYRE, obs. sur Cass. crim., 14 fév. 2012, R.P.D.P., 2012, p. 379, spéc. p. 381.

⁵⁵¹¹ Dans le même sens : H. MATSOPOULOU, note préc., p. 783, prenant l'exemple des contrôles d'identité et des perquisitions ; E. VERNY, *op. cit.*, p. 948, pour qui « cette solution évite des difficultés indéniables dans le traitement

1143. Confirmée à plusieurs reprises⁵⁵¹², cette solution a été étendue à l'audition libre de tiers, qui auraient dû être placés en garde à vue selon le demandeur à l'annulation⁵⁵¹³, ou dont l'audition était entachée d'une nullité⁵⁵¹⁴. Elle se limite néanmoins à ces mesures pour le moment. Non généralisée, elle ne paraît pas applicable à tous les actes coercitifs⁵⁵¹⁵. Un mis en examen ou un prévenu peut demander l'annulation de la captation d'images ou de sonorisations organisées pour des tiers, s'il démontre avoir subi un grief, une atteinte à ses intérêts personnels⁵⁵¹⁶. Mais il semble que « ce grief ne puisse être constitué par le seul fait qu'on ait pu être "balancé" dans une conversation téléphonique ou filmé "par hasard" »⁵⁵¹⁷ ; car « c'est l'irrégularité elle-même qui doit faire grief et non le contenu de l'acte »⁵⁵¹⁸. Toujours est-il qu'ôter désormais la qualité à agir à la personne poursuivie pour invoquer la nullité de la garde à vue subie par un tiers et adopter, en plus, une conception minimale du grief à propos des interceptions téléphoniques ou des sonorisations et fixations d'images, restreint de manière considérable la contestation des actes coercitifs. Cette situation regrettable n'est pas exempte de dangers pour les libertés individuelles⁵⁵¹⁹.

judiciaire de certaines affaires, mais à travers une interprétation défavorable aux droits de la défense, préserve des irrégularités graves commises au cours d'une procédure pénale ».

⁵⁵¹² En matière de garde à vue : Cass. crim., 7 mars 2012, Bull. crim., n°64, préc. ; Cass. crim., 13 mars 2012, Bull. crim., n°67 ; Cass. crim., 10 mai 2012, Bull. crim., n°116, préc. ; Cass. crim., 20 juin 2012, Bull. crim., n°155 ; Rev. sc. crim., 2012, p. 927, obs. J.-F. RENUCCI (un accusé ne peut contester la régularité de la garde à vue d'un tiers) ; X. SALVAT, Actualité de la garde à vue : des précisions et des nouveautés, *op. cit.*, p. 891 et 892, approuvant cette solution car « le tiers en question ne souffre d'aucune atteinte à ses propres droits dès lors qu'il peut discuter contradictoirement les éléments apportés par celui qui le met en cause » ; Cass. crim., 11 juill. 2012, Bull. crim., n°166 (*idem*).

⁵⁵¹³ Cass. crim., 11 déc. 2013, Bull. crim., n°254 ; Dr. pénal, 2014, comm. n°31 (1^{er} arrêt), note A. MARON et M. HAAS ; Gaz. pal., 31 janv.-1^{er} fév. 2014, n°31 à 32, p. 19, obs. A. GALLOIS.

⁵⁵¹⁴ Cass. crim., 11 fév. 2014, Bull. crim., n°38 : « Attendu que, si c'est à tort que la chambre de l'instruction a déclaré que ces auditions étaient entachées d'une nullité qui ne faisait pas grief au mis en examen, l'arrêt n'encourt pas pour autant la censure dès lors que ce dernier était sans qualité pour se prévaloir de la méconnaissance de formalités substantielles à l'occasion de l'audition libre d'une autre personne ».

⁵⁵¹⁵ D'aucuns souhaitent vivement la généralisation de cette solution : V. not., C. GUERY, obs. préc., p. 162, pour qui la solution retenue marquerait, au fond, le retour de la distinction entre les nullités d'ordre public et les nullités d'ordre privé, ces dernières portant sur des droits appartenant en propre aux parties concernées (à cet égard, C. RIBEYRE, obs. préc., p. 381). Sur l'ensemble de la question : C. GUERY, Nullité de procédure portant indirectement atteinte aux intérêts du requérant : état des lieux, D., 2014, chron., p. 1460 et s.

⁵⁵¹⁶ Cass. crim., 23 janv. 2013, Bull. crim., n°29, préc. ; Cass. crim., 26 juin 2013, Bull. crim., n°164, préc. ; Rev. sc. crim., 2013, p. 591, obs. J. DANET ; Cass. crim., 18 déc. 2013, Bull. crim., n°264, préc. ; Cass. crim., 14 janv. 2014, Bull. crim., n°8 ; Procédures, 2014, comm. n°84, note A.-S. CHAVENT-LECLERE. Dans ces arrêts récents – à part celui du 26 juin 2013, où il ressort que les demandeurs n'avaient pas qualité pour agir (en ce sens d'ailleurs, J. DANET, obs. sur Cass. crim., 26 juin 2013, Rev. sc. crim., 2013, p. 591, spéc. p. 592 et 593, y voyant un revirement dans l'hypothèse de la sonorisation ou de la fixation d'images) – la chambre criminelle prend soin de préciser que le demandeur aurait pu se prévaloir d'une atteinte au droit au respect du domicile ou de sa vie privée ou de celle d'un tiers, mais à condition de montrer en quoi cette violation portait atteinte à ses intérêts. Dans le même sens : C. RIBEYRE, obs. sur Cass. crim., 23 janv. 2013, R.P.D.P., 2013, p. 362, spéc. p. 364 ; T. POTASZKIN, note sous Cass. crim., 23 janv. 2013, D., 2013, p. 1045, spéc. p. 1048. Implicitement, A. MARON et M. HAAS, note sous Cass. crim., 18 déc. 2013, Dr. pénal, 2014, comm. n°31 (2^{ème} arrêt).

⁵⁵¹⁷ C. RIBEYRE, obs. préc. sur Cass. crim., 23 janv. 2013, p. 365.

⁵⁵¹⁸ V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2012, chron. préc., spéc. n°40, se fondant sur la motivation d'un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 7 octobre 2011, le grief devant naître des conditions du recueil des déclarations litigieuses et non de ces déclarations mettant en cause le tiers demandeur à la nullité.

⁵⁵¹⁹ V. à propos de la sonorisation et fixation d'images, J. DANET, obs. préc., p. 593 et 594, relatant des cas dans lesquels aucune partie privée ne pourrait être en mesure de faire contrôler les conditions de mises en œuvre de ces actes, alors même qu'ils seront peut-être déterminants dans la décision au fond. Il note que « le respect des procédures de sonorisation ne se ramène pas à la protection des droits du propriétaire, du locataire et de leurs visiteurs ! ». V. aussi, A. GALLOIS, obs. sur Cass. crim., 11 déc. 2013, Gaz. pal., 31 janv.-1^{er} fév. 2014, n°31 à 32, p. 19, soulignant que « rendre un requérant irrecevable à agir en nullité, c'est le priver d'une protection effective de la loi nationale ». Un auteur propose enfin de supprimer la catégorie de « droits propres », pour se limiter à celle « d'intérêts propres », ce qui permettrait de généraliser la notion d'intérêt propre et d'unifier les régimes, de simplifier l'analyse jurisprudentielle et de mieux satisfaire aux exigences

1144. A l'exception de l'hypothèse relative au grief indirect, l'effectivité grandissante des recours contre l'acte coercitif s'observe dans le contentieux de la détention provisoire. La personne détenue peut adresser un mémoire à la chambre de l'instruction par tous moyens : lettre simple ou recommandée, télécopie ou par l'intermédiaire du chef de l'établissement pénitentiaire, du moment qu'il parvient au greffe de ladite chambre la veille de l'audience⁵⁵²⁰. S'agissant du délai dans lequel la chambre de l'instruction doit se prononcer sur la détention provisoire, il fait l'objet d'une étroite surveillance. L'individu recouvre la liberté d'office si celle-ci n'a pas statué sur son appel dans le délai légal et a omis de caractériser l'existence d'une circonstance imprévisible et insurmontable, extérieure au service de la justice, ayant différé la transcription de l'appel⁵⁵²¹. Elle bénéficie cependant d'un délai supplémentaire et peut statuer au-delà du délai de dix jours à compter de l'appel si elle ordonne des vérifications concernant la demande⁵⁵²². Il est encore veillé à ce que le caractère contradictoire de la procédure soit sauvegardé⁵⁵²³. Lorsque la chambre de l'instruction ordonne la comparution personnelle des parties, celles-ci doivent être entendues⁵⁵²⁴. S'il en a fait la demande, le mis en examen détenu provisoire doit être présent à l'audience de la chambre de l'instruction qui examine une ordonnance de prolongation de sa détention⁵⁵²⁵. En cas d'hospitalisation de celui-ci au jour de l'audience, il appartient à la juridiction de constater que cette circonstance imprévisible constitue un obstacle à l'audition de l'intéressé ne pouvant être surmonté, fût-ce en différant l'examen de l'appel dans les limites du délai légal⁵⁵²⁶.

européennes. Ainsi « à l'absence *in abstracto* de tout droit d'agir, induite par la jurisprudence du 14 février 2012, on passerait, de manière plus pragmatique, au constat *in concreto* de l'inexistence d'un *intérêt à le faire* » : C. GUERY, Nullité de procédure (...), *op. cit.*, p. 1465.

⁵⁵²⁰ Cass. crim., 25 juill. 2007, Procédures, 2007, comm. n°263, note J. BUISSON (cassation).

⁵⁵²¹ Cass. crim., 9 déc. 2008, A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 136, obs. L. ASCENSI ; Cass. crim., 18 janv. 2011, Bull. crim., n°7 ; A.J. pénal, 2011, jurisp., p. 195, obs. C. RENAUD-DUPARC ; Cass. crim., 4 sept. 2012, Bull. crim., n°177, préc. ; Cass. crim., 15 janv. 2013, Bull. crim., n°13, préc. En outre, il a été souvent rappelé que le délai de vingt jours prévu à l'article 148-2 du C.P.P., dans lequel la chambre de l'instruction doit statuer sur une demande de mise en liberté, s'applique dans tous les cas, même quand celle-ci s'est réservée le contentieux de la détention, possibilité aujourd'hui proscrite (V. par ex., Cass. crim., 4 nov. 2008, Procédures, 2009, comm. n°123, note J. BUISSON). Le point de départ du délai de vingt jours que prévoit l'article 148-4 du C.P.P. est décompté à partir du lendemain du jour où la déclaration de demande de mise en liberté, formulée auprès du chef de l'établissement pénitentiaire et transmise au greffier de la juridiction, a été transcrite par celui-ci : Cass. crim., 16 janv. 2013, Bull. crim., n°16 ; Procédures, 2013, comm. n°121 (2^{ème} arrêt), obs. J. BUISSON. Si la déclaration prévue par l'article 148-6, al. 3 du C.P.P. n'a pas été adressée directement au greffier de la juridiction compétente pour statuer sur la demande de mise en liberté, le délai imparti à cette juridiction pour se prononcer ne court qu'à compter du lendemain du jour où le greffier a attesté avoir reçu la déclaration : Cass. crim., 3 juin 2014, n°14-82042, E.C.P.B.

⁵⁵²² Cass. crim., 16 avril 2013, Bull. crim., n°85, solution fondée sur l'article 194, dernier alinéa, du C.P.P.

⁵⁵²³ Mais le mis en examen ne peut se faire un grief de ce que le dossier transmis au procureur général ait été incomplet à la date de sa réception, dès lors que la copie du réquisitoire définitif lui a été adressée, ainsi qu'à son avocat par lettre recommandée, ce qui a permis à ce dernier d'en faire état au cours des débats devant la chambre de l'instruction : Cass. crim., 31 oct. 2012, Bull. crim., n°235.

⁵⁵²⁴ V. Cass. crim., 29 janv. 2014, Bull. crim., n°29 (cassation pour contradiction de motifs, car il ne résulte pas des énonciations de l'arrêt qu'il a été procédé à l'audition de la partie civile admise à comparaître). Il faut rappeler qu'au préalable, la date de l'audience de la chambre de l'instruction relative à la demande de mise en liberté d'un accusé doit être notifiée à la partie civile et à son avocat : V. Cass. crim., 25 juill. 2012, Bull. crim., n°171, préc. ; Procédures, 2012, comm. n°299, note A.-S. CHAVENT-LECLERE.

⁵⁵²⁵ Il résulte des dispositions combinées des derniers alinéas des articles 194 et 199 du C.P.P. que la demande de comparution personnelle, présentée en même temps que la déclaration d'appel, a pour effet de porter de quinze à vingt jours le délai maximum imparti à la chambre de l'instruction pour statuer, même en cas de rejet par son président de la demande de comparution personnelle de l'intéressé : Cass. crim., 9 mai 2012, Bull. crim., n°108.

⁵⁵²⁶ Cass. crim., 17 mars 2009, Bull. crim., n°56, préc.

1145. D'un point de vue différent, le caractère davantage effectif des recours formés en matière de détention provisoire résulte de l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en droit positif. La portée du terme « prioritaire » a été rappelée dans le cadre d'une procédure de ce genre lorsque la chambre de l'instruction règle un tel contentieux. Selon les articles 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 résultant de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 et R. 49-25 du C.P.P., cette juridiction statue par priorité et sans délai sur la transmission de la question de constitutionnalité à la Cour de cassation. Cette dernière n'hésite pas à casser les arrêts des chambres de l'instruction qui se prononcent sur la détention sans examiner la question prioritaire de constitutionnalité et renvoient son examen à une audience ultérieure ; car il leur appartient de statuer sur la transmission de cette question par priorité et sans délai⁵⁵²⁷. Le juge constitutionnel a en outre déclaré contraires à la Constitution les deuxième et troisième phrases du premier alinéa de l'article 207 du C.P.P. En affirmant que ces dispositions confèrent à la chambre de l'instruction le pouvoir discrétionnaire de priver un mis en examen de l'application de certaines garanties prévues par le Code de procédure pénale, notamment le droit à un double degré de juridiction, il a censuré la technique de la réserve du contentieux de la détention⁵⁵²⁸. La solution s'étend au contrôle judiciaire et à l'assignation à résidence sous surveillance électronique. Ce principe du double degré de juridiction n'est, au demeurant, pas méconnu lorsque, requis par le parquet de transmettre le dossier au juge des libertés et de la détention pour que celui-ci ordonne la prolongation de l'incarcération, le juge d'instruction refuse et décide la mise en liberté sous contrôle judiciaire du demandeur, et qu'ensuite la chambre de l'instruction ordonne, elle, la prolongation de la mesure, la question d'une telle prolongation ayant été examinée par deux juridictions successives⁵⁵²⁹.

1146. Pour conclure sur l'effectivité croissante de la contestation de l'acte coercitif, il est possible de se référer à une autre décision rendue par le Conseil constitutionnel le 17 décembre 2010, à propos de la procédure suivie devant le juge des libertés et de la détention en matière de détention provisoire⁵⁵³⁰. Le problème posé au Haut conseil a été de savoir si l'article 148 du C.P.P., qui autorise toute personne détenue provisoire à demander son élargissement à tout moment, est conforme à la Constitution. Il a

⁵⁵²⁷ Cass. crim., 16 juin 2011, Bull. crim., n°136 ; V. GEORGET, Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2012, chron. préc., spéc. n°46 ; V. aussi, Cass. crim., 2 sept. 2010, Bull. crim., n°128 ; A.J. pénal, 2010, jurisp., p. 556, obs. J.-B. PERRIER. Ce commentateur souligne, à juste titre, que « le rappel ici opéré par la chambre criminelle est appréciable, il apparaît en effet choquant et *contra legem* que les juges du fond se prononcent sur la mesure privative de liberté avant d'examiner l'opportunité de la transmission d'une question portant sur la constitutionnalité de la disposition fondant la privation de liberté ».

⁵⁵²⁸ C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, n°2010-81, *M. Boubakar B.*, préc., cons. 7, relevant que les dispositions contestées confèrent « à la chambre de l'instruction le pouvoir discrétionnaire de priver une personne mise en examen, durant toute la procédure d'instruction, des garanties prévues (...) par l'article 148 du C.P.P. pour l'examen des demandes de mise en liberté en première instance et du droit à un double degré de juridiction instauré pour toute décision en matière de détention provisoire (...) ». Sur le système de réserve du contentieux de la détention avant cette censure, V. par ex., Cass. crim., 19 fév. 2002, Bull. crim., n°30 ; Procédures, 2002, comm. n°123, note J. BUISSON ; Cass. crim., 19 déc. 2006, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 127, note C. PORTERON.

⁵⁵²⁹ Cass. crim., 28 juin 2011, Bull. crim., n°152 ; V. GEORGET, Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2012, chron. préc., spéc. n°53.

⁵⁵³⁰ C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, n°2010-62, préc.

répondu par l'affirmative, au visa de l'article 16 de la Déclaration de 1789, protégeant le droit à un recours juridictionnel effectif et le respect des droits de la défense, qui implique l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties⁵⁵³¹. Si le juge d'instruction ne fait pas droit à la demande de mise en liberté, celle-ci est transmise au juge des libertés. Ce dernier statue au vu de cette demande, de l'ordonnance motivée du magistrat instructeur et des réquisitions du parquet. Formulant une réserve d'interprétation, le Conseil a considéré que « l'équilibre des droits des parties interdit que le juge des libertés et de la détention puisse rejeter la demande de mise en liberté sans que le demandeur ou son avocat ait pu avoir communication de l'avis du juge d'instruction et des réquisitions du ministère public »⁵⁵³². L'exigence de contradictoire se trouve assouplie en matière de demandes de mise en liberté, puisque la tenue d'un débat contradictoire n'est pas imposée comme lors du placement ou de la prolongation de la détention. Mais en exigeant « une sorte de contradictoire écrit et *a minima* », le juge constitutionnel contribue à préserver l'effectivité du recours⁵⁵³³. Ce recours possède une autre caractéristique fondamentale : il s'avère protéiforme.

B – Un recours protéiforme

1147. La contestation de l'acte coercitif emprunte des formes différentes. La pluralité des recours ouverts à son encontre se répartit en deux grandes catégories. Certains de ces recours apparaissent plus importants, ils sont exercés de façon habituelle par les justiciables et même parfois par les magistrats. Ils peuvent donc être qualifiés de principaux (1°). Les autres, davantage exceptionnels, accompagnent ou suivent ces recours principaux. Ils peuvent alors être regardés comme accessoires (2°).

1°- Les recours principaux

1148. Dans la mesure où l'acte coercitif s'analyse en un acte de police, d'instruction ou de juridiction, sa contestation suit le régime propre à ces actes. Or ceux-ci demeurent soumis à des recours distincts. Si les actes de police judiciaire ou d'instruction constituent des « actes et pièces de la procédure » au sens de l'article 170 du C.P.P., ils sont susceptibles de requête en annulation (a). En revanche, les actes juridictionnels ne peuvent être attaqués au moyen d'une action en nullité. Selon les termes de l'article 173, alinéa 4, du C.P.P., cette action n'est « pas applicable aux actes de procédure qui peuvent faire l'objet d'un appel de la part des parties, et notamment des décisions rendues en

⁵⁵³¹ Cons. 6 de la décision, jugeant l'article 148 du C.P.P. conforme à la Constitution.

⁵⁵³² Cons. 7 de la décision. Sous cette réserve d'interprétation, il conclut à la conformité de l'article 148 du Code de procédure pénale aux exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789.

⁵⁵³³ J.-B. PERRIER, obs. sur C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, A.J. pénal, 2011, jurisp., p. 136, spéc. p. 137. En raison de l'absence de débat contradictoire, l'auteur note aussi que la procédure doit présenter « une apparence de contradictoire ». L'absence d'un tel débat s'explique par le risque d'alourdissement, voire de paralysie de la procédure en cas de multiplication des demandes de mises en liberté, qui peuvent être formulées à tout moment.

matière de détention provisoire ou de contrôle judiciaire ». Seule la voie de l'appel reste ouverte contre eux en somme (b).

a) La requête en annulation

1149. En introduisant une demande en nullité des « actes et pièces » de la procédure, la personne poursuivie (mis en examen, prévenu, accusé) conteste la légalité d'un ou plusieurs actes non juridictionnels⁵⁵³⁴. Les éléments de preuve recueillis par les autorités publiques (enquêteurs, juge d'instruction), « figurant dans les actes qui vont former la matière première du dossier, doivent avoir été obtenus conformément à la loi, sans avoir porté atteinte aux droits ni aux intérêts de la défense. Par l'effet de ce contrôle, il s'agit d'expurger rétroactivement la procédure des opérations que le suspect estime irrégulières, voire parfois de la vider de toute substance »⁵⁵³⁵. Le contrôle de légalité apparaît fondamental sous cet angle. En priver la personne poursuivie s'avère inacceptable. Ainsi s'explique la condamnation européenne dans l'affaire *Matheron* précitée. La Cour de cassation a écarté la requête tendant à vérifier la légalité d'une interception de conversations téléphoniques dont la transcription avait été versée dans une procédure différente de celle à l'occasion de laquelle la mesure avait été diligentée. Pour le juge de Strasbourg, « la requête en annulation entre dans le droit à un “contrôle efficace” dont doit bénéficier toute personne soumise à un acte coercitif, parce qu'un tel contrôle lui paraît “voulu par la prééminence du droit et apte à limiter à ce qui était nécessaire dans une société démocratique l'ingérence litigieuse” »⁵⁵³⁶.

1150. La nullité peut frapper tout « acte » ou « pièce » de la procédure d'après les termes de l'article 170 du C.P.P. Seuls les actes intéressent l'étude, car un acte coercitif ne saurait s'analyser en une simple pièce, cette dernière étant définie comme tout document qui n'est pas l'expression d'un « acte » (plans, photographies, documents procéduraux joints à la procédure, notamment les procès-verbaux, etc)⁵⁵³⁷. Au sens de ce texte, de nombreux actes constituent des « actes de la procédure » : les actes de poursuite (réquisitoires introductif et supplétif), les actes de police judiciaire ou d'instruction, qui correspondent aux divers actes d'investigation menés aux fins de recherche d'indices et à ceux ayant pour objet de s'assurer de la personne. Ils sont toujours décrits dans un document procédural. « Sommairement, il s'agit de tous les actes d'administration de la preuve dont l'exécution est relatée dans un procès-verbal ou de tous les actes établis par un magistrat »⁵⁵³⁸. L'acte coercitif appartient à

⁵⁵³⁴ C'est son sort qui intéresse l'étude, car c'est elle qui est susceptible de subir, presque exclusivement, les actes coercitifs exécutés en procédure pénale. Mais d'autres acteurs du procès peuvent introduire une requête en annulation : juge d'instruction, procureur de la République, partie civile ou témoin assisté.

⁵⁵³⁵ F. DEFFERRARD, *Le suspect dans le procès pénal*, *op. cit.*, p. 172.

⁵⁵³⁶ J. BUISSON, note sous Cass. crim., 1^{er} mars 2006, *Procédures*, 2006, comm. n°142. V. CEDH, 24 août 1998, *Lambert / France*, préc., §40.

⁵⁵³⁷ Sur ce point, S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op. cit.*, n°2358.

⁵⁵³⁸ *Ibid.*

cette catégorie dans une très large mesure. Au sein de celle-ci, se trouvent les actes exécutés lors de l'enquête de police puisqu'ils font partie de la procédure d'instruction ouverte postérieurement⁵⁵³⁹ : vérifications d'identité⁵⁵⁴⁰, gardes à vue, fouilles de véhicules ou perquisitions et saisies. Elle englobe aussi les actes de l'information : interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications et leurs transcriptions⁵⁵⁴¹, sonorisations, saisies de comptes bancaires⁵⁵⁴², mandats de recherche, d'amener et d'arrêt⁵⁵⁴³. Il convient, en revanche, d'en écarter les mesures accomplies par les parties privées (et les documents ou pièces apportés) annexées au dossier, qui ne sont susceptibles d'annulation. Ne constituant pas des actes effectués par les O.P.J. ou par le juge, le contrôle de légalité leur est inapplicable⁵⁵⁴⁴. Lorsqu'elle est décidée, la nullité anéantit l'acte coercitif ainsi que la pièce résultant de celui-ci.

1151. Pouvoir obtenir l'annulation d'un acte irrégulier apparaît comme une sanction appropriée. Elle s'avère essentielle car les mesures d'investigation judiciaire permettent la recherche probatoire, laquelle « oriente l'issue du litige »⁵⁵⁴⁵. La nullité des actes coercitifs reste pourtant prononcée avec parcimonie en procédure pénale. En particulier, la personne soumise à un tel acte est très souvent tenue de prouver un grief⁵⁵⁴⁶. Lors de son contrôle de légalité de l'acte coercitif, la juridiction d'instruction ou de jugement peut examiner tant la légalité externe de l'acte que sa légalité interne. La première s'attache surtout au respect des règles de forme, de délai, de compétence et d'impartialité, tandis que la seconde s'attache à la justification de l'acte au regard des exigences légales⁵⁵⁴⁷. Certes, la légalité interne fait l'objet d'un contrôle moins étendu que la légalité externe. Mais la législation récente traduit « une extension constante des dispositions impliquant ou permettant un tel contrôle », comme en matière de contrôle d'identité où la chambre de l'instruction doit vérifier l'existence de raisons plausibles de soupçonner la commission d'une infraction par l'individu dont l'identité est contrôlée⁵⁵⁴⁸. Dans le cadre de son examen de légalité interne, le juge a pour mission de vérifier l'absence de détournements de procédure toujours possibles. Il doit également exercer un contrôle de proportionnalité des actes coercitifs. Compte tenu de leur gravité, le législateur invite à opérer pareil

⁵⁵³⁹ V. Cass. crim., 30 juin 1987, Bull. crim., n°276 ; Cass. crim., 4 oct. 1994, Bull. crim., n°313 ; D., 1995, somm. comm., p. 145, obs. J. PRADEL.

⁵⁵⁴⁰ Art. 78-3 *in fine* du C.P.P.

⁵⁵⁴¹ Cass. crim., 19 déc. 2007, préc.

⁵⁵⁴² Pour une saisie de ce type, ordonnée par un juge d'instruction, en exécution d'une commission rogatoire internationale délivrée par les autorités du Guatemala : Cass. crim., 11 juin 2008, Bull. crim., n°145.

⁵⁵⁴³ Sur ce dernier : Cass. crim., 7 nov. 2000, Bull. crim., n°329.

⁵⁵⁴⁴ Cass. crim., 21 mars 1989, Bull. crim., n°139 ; Cass. crim., 6 avril 1993, préc. ; B. BOULOC, De quelques transformations de l'instruction préparatoire, R.P.D.P., 2000, p. 39 et s., spéc. p. 47. Il est acquis que ces actes ne sauraient être qualifiés d'actes coercitifs – tout comme les mesures d'administration judiciaire –. Sur la question, V. *supra*, n°666 et s.

⁵⁵⁴⁵ V. CHAPELLE-BOUCHARD, Le droit de recours en matière pénale : Contribution (...), *op. cit.*, n°165, p. 118.

⁵⁵⁴⁶ En ce sens aussi, J. PRADEL, Le second degré (...), *op. cit.*, p. 76, note n°7, notant qu' « à divers égards, les initiatives des parties privées sont élargies ». V. par ex., Cass. crim., 31 oct. 2012, Bull. crim., n°235, préc.

⁵⁵⁴⁷ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°1987.

⁵⁵⁴⁸ *Ibid.*

contrôle « en précisant de manière désormais presque systématique que telle mesure ne peut être décidée que pour les “nécessités” de l’enquête ou de l’information »⁵⁵⁴⁹.

1152. Parfois, c’est le juge d’instruction ou le juge des libertés et de la détention qui accomplit un acte coercitif illégal. Il n’a aucune compétence pour le refaire sans annulation préalable⁵⁵⁵⁰. A titre d’exemple, le juge des libertés et de la détention ne peut prendre une nouvelle ordonnance de prolongation de la détention provisoire pour la substituer à une précédente qui lui semble entachée d’illégalité. Une telle substitution révélerait un excès de pouvoir en raison de son incompétence matérielle. Il empièterait sur les attributions de la chambre de l’instruction, seule compétente pour apprécier la régularité de cet acte coercitif⁵⁵⁵¹. Il ne faut pas croire pour autant que la chambre de l’instruction dispose d’une compétence générale et absolue lorsqu’elle est appelée à statuer sur une requête en nullité d’un acte coercitif, déposée par la personne poursuivie. Saisie sur le fondement de l’article 173 du C.P.P., cette juridiction voit sa compétence limitée au contentieux de l’annulation. Elle ne saurait en effet, sans excès de pouvoir, se prononcer sur une question étrangère à ce contentieux dont elle est exclusivement saisie⁵⁵⁵². Il lui incombe et, de manière plus générale, aux juridictions du fond, d’apprécier souverainement la légalité des actes de procédure contestés, notamment les actes coercitifs subis par la personne concernée, au regard des éléments de fait qu’elles tirent du dossier⁵⁵⁵³. De la sorte, la chambre criminelle se trouve en mesure d’opérer son contrôle⁵⁵⁵⁴.

1153. Il convient enfin de mentionner un recours singulier, organisé à l’article 695-9-22 du C.P.P., relatif à la décision de gel d’un bien ou d’un élément de preuve. Il résulte de ces dispositions que toute personne, qui prétend avoir un droit sur un bien gelé peut, par voie de requête soumise au greffe de la chambre de l’instruction de la cour d’appel territorialement compétente, dans les dix jours à compter de la date de mise à exécution de la décision considérée, former un recours à l’encontre de cette dernière, dans les formes prévues par l’article 173 du C.P.P. Dès lors l’appel s’avère irrecevable lorsqu’il est interjeté par une banque, au greffe du tribunal, contre l’ordonnance du juge d’instruction saisissant des fonds déposés sur un compte bancaire, en exécution d’une demande d’entraide des autorités judiciaires néerlandaises⁵⁵⁵⁵. Puisque des actes coercitifs ne peuvent faire l’objet d’une requête en annulation, un autre mode de contestation leur est réservé.

⁵⁵⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁵⁵⁰ Cass. crim., 13 oct. 2004, Bull. crim., n°242 ; Procédures, 2004, comm. n°267, note J. BUISSON.

⁵⁵⁵¹ *Ibid.*

⁵⁵⁵² Cass. crim., 27 fév. 2001, Bull. crim., n°49 ; Dr. pénal, 2001, chron. n°38 par C. MARSAT. La chambre d’accusation a relevé d’office la prescription de l’action publique. La cassation est alors prononcée.

⁵⁵⁵³ La Cour de cassation a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité sur l’atteinte au principe du contradictoire qui aurait résulté de l’article 206 du C.P.P. (Cass. crim., 26 juin 2012, Bull. crim., n°159). V. également, Cass. crim., 4 juin 2014, n°14-81097, E.C.P.B. ; J.C.P., 2014, 712, obs. (approbatives) A. DONNIER.

⁵⁵⁵⁴ Cass. crim., 15 janv. 2002, Procédures, 2002, comm. n°104, note J. BUISSON.

⁵⁵⁵⁵ Cass. crim., 13 fév. 2013, Bull. crim., n°41.

b) La voie de l'appel

1154. Parmi la diversité des actes coercitifs, les plus attentatoires aux libertés des justiciables prennent la forme de décisions juridictionnelles. Ces actes ne peuvent être attaqués par une requête en annulation : « voies de nullité n'ont lieu contre les jugements », comme l'exprime un adage connu⁵⁵⁵⁶. L'article 460 du Code de procédure civile le reprend : « la nullité d'un jugement ne peut être demandée que par les voies de recours prévues par la loi ». Application de l'adage, l'article 173, alinéa 4, du C.P.P. exclut du champ de la requête en nullité les actes de procédure susceptibles d'appel⁵⁵⁵⁷. La procédure instituée par ce texte « ne saurait être utilisée à l'égard des décisions juridictionnelles, telles que les ordonnances de placement en détention provisoire, contre lesquelles la voie de l'appel peut seule être employée »⁵⁵⁵⁸. En principe, cette voie de recours tendant à la réformation de la décision entreprise, peut aussi tendre à sa nullité et celle-ci ne saurait être obtenue de manière différente⁵⁵⁵⁹. La règle a été rappelée⁵⁵⁶⁰.

1155. Ces actes très coercitifs sont décidés par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention. La chambre de l'instruction constitue « la juridiction d'appel des mesures coercitives ou privatives de liberté prises au cours de l'instruction préparatoire »⁵⁵⁶¹. Il s'agit de la détention provisoire, de l'assignation à résidence avec placement sous surveillance électronique et du contrôle judiciaire. Le premier de ces actes, le plus coercitif, génère un contentieux abondant, il est à l'origine de saisines extrêmement fréquentes de la chambre de l'instruction. Le législateur a ainsi prévu que les décisions juridictionnelles rendues à propos de la détention provisoire du mis en examen puissent, à sa demande ou à celle du parquet, « faire l'objet d'un réexamen (...) de la régularité et de la nécessité d'une telle mesure privative de liberté »⁵⁵⁶². Il subsiste un cas dans lequel le législateur a refusé au mis en examen d'interjeter appel de l'ordonnance de maintien en détention rendue par le juge des libertés et de la détention : celui de la requalification des faits par le juge d'instruction en délit en application de l'article 146 du C.P.P.⁵⁵⁶³. Cette situation apparaît critiquable. S'agissant du maintien en détention

⁵⁵⁵⁶ Sur cet adage, H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, *op. cit.*, n°468.

⁵⁵⁵⁷ Dès lors, si le jugement est en premier ressort, le seul moyen de provoquer son annulation reste de l'attaquer par la voie de l'appel et, s'il est rendu en dernier ressort, il faut former un pourvoi en cassation.

⁵⁵⁵⁸ Cass. crim., 19 juill. 1993, Bull. crim., n°247 ; Cass. crim., 13 déc. 1993, Bull. crim., n°385 (solution identique pour l'ordonnance de prolongation de la détention).

⁵⁵⁵⁹ Pour des développements conséquents sur ce point : F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2002 et s. et n°2082 et s.

⁵⁵⁶⁰ Par ex., Cass. crim., 29 fév. 1996, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°160, note J. BUISSON, même s'il ne s'agit pas d'un acte coercitif en l'espèce (ordonnance de non-lieu).

⁵⁵⁶¹ D. GUERIN, *Chambre de l'instruction (...)*, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁵⁶² C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, n°2010-81, préc., cons. 5. Sur le droit de critique de « l'inculpé » quant aux décisions relatives à la détention avant jugement, W. JEANDIDIER, *La juridiction d'instruction (...)*, *op. cit.*, n°98, p. 91.

⁵⁵⁶³ V. Cass. crim., 18 mai 2011, Bull. crim., n°102, préc. (renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité) ; C.C., Q.P.C., 13 juill. 2011, n°2011-153, préc., cons. 6, la solution étant motivée par le fait que, quel que soit le régime de la détention, la personne mise en examen peut, à tout moment, demander sa mise en liberté en application de l'article 148 du C.P.P. et, en cas de refus, faire appel de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention devant la chambre de l'instruction

provisoire par une nouvelle décision privative de liberté, l'appel devrait être admis. L'impossibilité de contester l'acte coercitif, de manière autonome, est regrettable. Autrement, la chambre de l'instruction, qui conserve toujours le pouvoir d'ordonner la mise en liberté d'office de l'intéressé⁵⁵⁶⁴, peut être saisie d'appels de décisions de placement en détention provisoire, de refus de mise en liberté⁵⁵⁶⁵, ou de prolongation de la détention⁵⁵⁶⁶. L'effectivité de l'appel exercé contre ces actes coercitifs demeure toutefois discutée. La chambre de l'instruction demeure souvent qualifiée de « chambre de confirmation »⁵⁵⁶⁷.

1156. L'appel possède un effet dévolutif. Cela a des conséquences dans le contentieux de la détention provisoire. Un tel effet empêche l'annulation d'une ordonnance qui prolonge une détention pour une durée non prévue par la loi ; car il incombe à la chambre de l'instruction de substituer ses propres motifs à ceux du premier juge⁵⁵⁶⁸. Cette solution a été confirmée, la jurisprudence rappelant qu'il appartient à cette juridiction, en raison de l'effet dévolutif de l'appel, « d'examiner le bien-fondé de la détention provisoire et de statuer sur la nécessité de cette mesure, au besoin en substituant aux motifs insuffisants, voire erronés, du premier juge des motifs répondant aux exigences légales »⁵⁵⁶⁹. Il n'empêche que la personne incarcérée peut arguer de la nullité de cet acte coercitif lors de son appel⁵⁵⁷⁰. Se pose parfois la question de savoir quelle juridiction est compétente pour statuer sur les demandes de mise en liberté ou sur la prolongation de la détention, lorsque la chambre de l'instruction a annulé l'ordonnance de mise en accusation et renvoyé le dossier au magistrat instructeur pour poursuivre l'information. C'est le juge des libertés et de la détention qui garde compétence dans

statuant dans les plus brefs délais (conformité de l'article 186 du C.P.P. à la Constitution). Un recours autonome contre l'acte en question devrait être toutefois permis.

⁵⁵⁶⁴ V. par ex., Cass. crim., 26 sept. 1995, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°78, note J. BUISSON.

⁵⁵⁶⁵ Et le pourvoi en cassation est recevable contre l'arrêt de la chambre de l'instruction refusant la mise en liberté, mais l'appréciation des juges du fond est souveraine, elle échappe au contrôle du juge du droit : V. déjà, Cass. crim., 25 juin 1959, J.C.P., 1959, II, 11288, concl. GERTHOFFER, note R. VOUIN ; Cass. crim., 11 janv. 1961, D., 1961, jurispr., p. 196, note J.-M. R.

⁵⁵⁶⁶ Seuls les actes coercitifs ont été évoqués. La chambre de l'instruction peut toutefois être saisie par le parquet, en particulier lorsqu'est décidé un refus de placement en détention provisoire, une mise en liberté ou un refus de prolongation de l'incarcération du mis en examen. Si le ministère public prend des réquisitions tendant au placement en détention, tandis que le juge chargé de statuer sur celle-ci, rend une ordonnance de refus de mise en détention et une ordonnance de placement de l'intéressé sous contrôle judiciaire, l'appel par le parquet de cette dernière, laquelle répond nécessairement à ses réquisitions, saisit la chambre de l'instruction du contentieux de la détention : Cass. crim., 25 oct. 1994, Bull. crim., n°339 ; Cass. crim., 3 oct. 2006, Bull. crim., n°241 ; A.J. pénal, 2007, jurispr., p. 35, obs. C. GIRAULT ; Procédures, 2007, comm. n°95, note J. BUISSON. Enfin, lorsque le procureur de la République entend relever appel d'une ordonnance du juge des libertés et de la détention, son appel doit être formé au greffe du tribunal et être interjeté dans les cinq jours qui suivent la notification de la décision. C'est cette notification de l'ordonnance qui constitue le point de départ du délai d'appel du parquet : V. Cass. crim., 10 mars 2009, A.J. pénal, 2009, jurispr., p. 230, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE.

⁵⁵⁶⁷ V. G. ROUSSEL, Suspicion et procédure pénale équitable, L'Harmattan, Bibliothèques de droit, 2010, p. 235 et 236, empruntant l'expression à MM. VALLINI et HOUILLON dans leur rapport sur l'affaire d'Outreau.

⁵⁵⁶⁸ Cass. crim., 20 mai 2008, A.J. pénal, 2008, jurispr., p. 327, obs. G. ROUSSEL, où il appartenait à la chambre de l'instruction de se prononcer à nouveau sur la prolongation de la détention et non de se contenter d'annuler l'ordonnance litigieuse.

⁵⁵⁶⁹ Cass. crim., 19 janv. 2010, A.J. pénal, 2010, jurispr., p. 195, obs. L. ASCENSI (absence de motivation de l'ordonnance rejetant une demande de mise en liberté).

⁵⁵⁷⁰ Sur la question, C. COLOMB, Nullité de la détention provisoire, A.J. pénal, 2005, p. 185 et s. ; W. JEANDIDIER, La juridiction d'instruction (...), *op. cit.*, n°73 et 74, p. 68 et 69. Mais la cassation d'un arrêt de chambre de l'instruction, qui décide la prolongation de la détention, n'atteint pas le titre de détention provisoire si la chambre criminelle ne le prévoit pas : Cass. crim., 28 sept. 2005, Bull. crim., n°241 ; Procédures, 2005, comm. n°289, note J. BUISSON.

pareille hypothèse⁵⁵⁷¹. Par ailleurs, bien qu'il ne s'agisse pas d'un appel *stricto sensu*, l'article 145-4 du C.P.P. aménage un recours contre le refus du juge d'instruction de délivrer un permis de visite à un membre de la famille d'un détenu provisoire. Au terme du délai d'un mois à compter du placement en détention, le refus de ce magistrat peut être déféré au président de la chambre de l'instruction. Celui-ci doit statuer dans les cinq jours par une décision écrite et motivée, insusceptible de recours. Il délivre le permis de visite s'il infirme la décision du juge d'instruction.

1157. En matière de contrôle judiciaire, la chambre de l'instruction examine les obligations auxquelles le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention a soumis la personne mise en examen en cas d'appel de sa part ou du parquet⁵⁵⁷². Cette juridiction peut être appelée à statuer sur différents actes coercitifs : le placement sous contrôle judiciaire, son maintien ou sa prolongation, le refus de mainlevée totale ou partielle de la mesure ou le refus de modification de certaines obligations. A la différence du contentieux de la détention, elle n'est pas enfermée dans un délai précis pour statuer⁵⁵⁷³. Plusieurs précisions ont été apportées sur cet appel. Les règles de forme prescrites pour exercer les voies de recours ne semblent pouvoir être contournées. La circonstance qu'une personne astreinte à cette mesure coercitive ait l'interdiction de paraître dans la ville, siège de la juridiction d'instruction, ne la prive pas de la faculté d'interjeter appel contre une ordonnance de refus de mainlevée du contrôle judiciaire par avoué, avocat ou fondé de pouvoir spécial, comme le prévoit l'article 502 du C.P.P.⁵⁵⁷⁴. Sa demande de mainlevée ou de modification de la mesure peut être transmise au moyen d'une télécopie par le greffe de l'établissement pénitentiaire au greffe du juge d'instruction saisi du dossier, lorsqu'elle se trouve détenue dans une autre procédure⁵⁵⁷⁵. Il faut aussi relever que le principe de l'autorité de la chose jugée s'oppose à ce qu'une même demande de modification du contrôle judiciaire soit à nouveau examinée par une juridiction ayant déjà statué sur celle-ci⁵⁵⁷⁶. Pour les mineurs, l'appel de l'ordonnance du juge des enfants qui décide du placement d'un mineur de seize ans sous contrôle judiciaire, assorti de l'obligation de résider dans un centre

⁵⁵⁷¹ Cass. crim., 16 fév. 2010, Bull. crim., n°26 ; A.J. pénal, 2010, jurisp., p. 247, obs. L. ASCENSI. La chambre de l'instruction est, en revanche, seule compétente pour statuer sur une demande de mise en liberté après le dessaisissement du juge d'instruction, une fois l'ordonnance de mise en accusation rendue : Cass. crim., 9 janv. 2007, Bull. crim., n°2 ; A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 137, obs. G. ROUSSEL.

⁵⁵⁷² Art. 185 et 186 du C.P.P. La partie civile est sans qualité pour exercer l'appel en la matière.

⁵⁵⁷³ Cass. crim., 13 nov. 1985, Bull. crim., n°351.

⁵⁵⁷⁴ Cass. crim., 28 sept. 2004, Dr. pénal, 2005, comm. n°17, note A. MARON.

⁵⁵⁷⁵ Cass. crim., 30 oct. 2007, Bull. crim., n°260.

⁵⁵⁷⁶ Cass. crim., 27 mars 2008, Bull. crim., n°80 ; A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 289, obs. M.-E. C. ; Dr. pénal, 2008, comm. n°117, note A. MARON et M. HAAS. En l'espèce, la chambre de l'instruction a été appelée à statuer directement sur le fondement de l'article 140, al. 3 du C.P.P. sur la demande de modification d'un contrôle judiciaire, faute pour le juge d'instruction d'avoir rendu une décision dans le délai de cinq jours. Elle rejette la demande. Mais avant qu'elle rende cette décision, le juge d'instruction rend une ordonnance par laquelle il rejette également cette même demande. Le mis en examen relève alors appel de ce refus du juge. La chambre de l'instruction déclare cet appel irrecevable, au motif qu'elle a épuisé sa saisine. La Cour de cassation approuve les juges du fond et rejette le pourvoi. En cas de saisine directe de la chambre de l'instruction, le mis en examen ne peut donc pas former appel de l'ordonnance rendue par le magistrat instructeur.

éducatif fermé, relève de la compétence de la chambre de l'instruction. La chambre spéciale des mineurs s'avère incompétente pour connaître de cet appel⁵⁵⁷⁷.

1158. Bien qu'ils recèlent une coercition nettement moins intense que le contrôle judiciaire ou la détention provisoire, d'autres actes coercitifs peuvent faire l'objet d'un recours. Leur coercition s'exerce non plus sur les personnes, mais sur les biens cette fois. Il résulte de l'article 99 du C.P.P. que les parties peuvent déférer à la chambre de l'instruction, sur simple requête déposée au greffe du tribunal, l'ordonnance du magistrat instructeur statuant sur une demande de restitution d'objets placés sous main de justice. Le refus de restitution, en particulier, peut donc être frappé d'appel, le terme de « requête » lui étant équivalant. Selon l'article 186, alinéa 4, du C.P.P., cette requête suit les mêmes règles de forme et de délai que celles prévues en matière d'appel⁵⁵⁷⁸. La personne mise en examen dispose en outre du droit d'appel contre les ordonnances mentionnées aux articles 706-33 et 706-36 du C.P.P. Ce sont celles adoptées par le juge d'instruction lorsqu'il prononce la fermeture provisoire d'un établissement dans des poursuites du chef de trafic de stupéfiants ou proxénétisme. Ces ordonnances obéissent d'ailleurs à un régime spécial. Elles sont susceptibles de recours devant la chambre de l'instruction dans les vingt-quatre heures de leur exécution ou de leur notification⁵⁵⁷⁹.

1159. Aux termes de l'article 706-103 du C.P.P., le juge des libertés et de la détention, statuant sur requête du procureur de la République, peut ordonner des mesures conservatoires sur les biens, meubles ou immeubles, divis ou indivis, dont le mis en examen est propriétaire⁵⁵⁸⁰, dès lors que l'information porte sur l'une des infractions de criminalité et de délinquance organisées. L'appel d'une telle ordonnance est ouvert à celui-ci devant la chambre de l'instruction⁵⁵⁸¹. Une autre illustration se fait jour avec l'article L. 121-3 du Code de la consommation, selon lequel « la cessation de la pratique commerciale trompeuse peut être ordonnée par le juge d'instruction ou par le tribunal saisi des poursuites, soit sur réquisition du ministère public, soit d'office. La mesure ainsi prise est exécutoire nonobstant toutes voies de recours. Mainlevée peut en être donnée par la juridiction qui l'a ordonnée ou qui est saisie du dossier ». Et ce texte de préciser que les décisions adoptées notamment par le magistrat instructeur, statuant sur les demandes de mainlevée, peuvent être attaquées devant la

⁵⁵⁷⁷ Cass. crim., 10 oct. 2007, Bull. crim., n°243 ; A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 543, obs. S. L.

⁵⁵⁷⁸ Et dans certains arrêts, est parfois évoqué « l'appel » au lieu de la « requête » : V. par ex., Cass. crim., 4 nov. 1991, Bull. crim., n°393.

⁵⁵⁷⁹ Art. 706-33, al. 3 du C.P.P. ; Art. 706-36, al. 3 du C.P.P.

⁵⁵⁸⁰ L'irrespect de cette condition est sanctionné, la simple qualité de bénéficiaire économique de l'activité de la personne morale propriétaire du bien en cause n'étant pas suffisante : Cass. crim., 26 mai 2010, Bull. crim., n°94, préc.

⁵⁵⁸¹ Cass. crim., 15 mars 2011, Bull. crim., n°53 ; A.J. pénal, 2011, jurisp., p. 373, obs. J. GALLOIS (rejet du pourvoi contre un arrêt de chambre de l'instruction confirmant l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ayant ordonné le nantissement de cinquante parts sociales d'une société civile immobilière dont le mis en examen est propriétaire). La jurisprudence confirme donc la compétence de la chambre de l'instruction et non celle d'une chambre civile : V. en ce sens aussi, Cass. ch. mixte, 11 déc. 2009, Bull. civ., ch. mixte, n°2 ; V. GEORGET, Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2011, chron. « un an de... » n°1, spéc. n°33. Quant au parquet, il peut, en vertu de l'article 185 du C.P.P., interjeter appel devant la chambre de l'instruction de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention qui a rejeté sa demande de mesure conservatoire : Cass. crim., 26 mai 1990, préc.

chambre de l'instruction, qui doit statuer dans un délai de dix jours à compter de la réception des pièces. Il faut, par ailleurs, se souvenir que la Cour de cassation a autorisé l'appel contre l'ordonnance du juge d'instruction prescrivant l'interruption des travaux irrégulièrement entrepris en application de l'article L. 480-2 du Code de l'urbanisme. Même si cette décision judiciaire demeure exécutoire sur minute et nonobstant toute voie de recours, elle peut être déférée par la voie de l'appel à la juridiction d'instruction du second degré⁵⁵⁸².

1160. Les recours exercés à l'endroit de l'acte coercitif se montrent finalement diversifiés. Ils présentent en effet un caractère protéiforme. Dénonçant l'irrégularité d'un acte d'investigation accompli lors de la recherche d'éléments de preuve de l'infraction, le recours prend la forme d'une requête en nullité. Il emprunte, au contraire, la voie de l'appel si l'acte coercitif attaqué constitue un acte de juridiction. Voilà les recours principaux susceptibles d'être formés à l'encontre de l'acte coercitif. Mais à côté de ceux-ci, subsistent certains recours pouvant être perçus comme accessoires.

2°- Les recours accessoires

1161. Ces recours apparaissent « accessoires », en ce sens qu'ils accompagnent ou suivent les recours principaux. Il faut préciser que le recours en indemnisation pour la réparation d'une privation de liberté injustifiée, notamment une détention provisoire, ne sera pas examiné ici mais dans le chapitre suivant. Il s'agit alors, à titre essentiel, du référé-liberté (a) et de la requête individuelle supranationale (b).

a) Le référé-liberté

1162. Ordonner le placement en détention provisoire d'une personne mise en examen demeure une décision éminemment grave pour elle. C'est pourquoi le législateur a souhaité renforcer ses garanties en instituant le référé-liberté avec la loi du 24 août 1993. Son instauration a eu pour objectif de limiter le nombre de détentions provisoires « par l'exercice d'un contrôle supérieur accéléré »⁵⁵⁸³. La personne dispose du droit d'assortir son appel de cet acte très coercitif d'un référé-liberté auprès du président de la chambre de l'instruction ou, sur demande, devant ladite chambre elle-même⁵⁵⁸⁴.

⁵⁵⁸² Cass. crim., 10 janv. 1980, Bull. crim., n°18, préc., se fondant sur l'article L. 480-2 du Code de l'urbanisme et sur le « principe général du double degré de juridiction » (*sic*). Le recours aux principes généraux demeure assez discutable parce qu'imprécis. Il y a revirement par rapport à Cass. crim., 5 fév. 1976, Bull. crim., n°46. *Adde*, Cass. crim., 24 fév. 1981, Bull. crim., n°69, préc., en matière d'hygiène et de sécurité du travail.

⁵⁵⁸³ F. DEFFERRARD, *Le suspect dans le procès pénal*, *op. cit.*, p. 100.

⁵⁵⁸⁴ Sur la justification de la création de cette procédure : C. ARRIGHI, *L'extension des pouvoirs (...)*, *op. cit.*, p. 277, pour qui « le législateur a voulu que la procédure prévue par l'article 187-1 soit une contrepartie du retour au juge d'instruction du pouvoir de placement en détention provisoire et de prolongation de cette mesure, ainsi qu'une garantie nouvelle au profit de la personne mise en examen venant compléter le contrôle traditionnellement exercé par les chambres d'accusation sur les décisions des juges d'instruction. C'est pourquoi le "référé-liberté" s'inscrit dans le cadre de la procédure d'appel ».

Respectueuse des droits de la défense, cette procédure a été jugée conforme à la Constitution⁵⁵⁸⁵. Elle a été largement retouchée par la loi du 30 décembre 1996, qui l'a plutôt modifiée en « appel en deux phases » afin d'accroître son efficacité⁵⁵⁸⁶. Selon les dispositions de l'article 187-1 du C.P.P., « en cas d'appel d'une ordonnance de placement en détention provisoire, la personne mise en examen ou le procureur de la République peut, si l'appel est interjeté au plus tard le jour suivant la décision de placement en détention, demander au président de la chambre de l'instruction (...) d'examiner immédiatement son appel sans attendre l'audience de la chambre de l'instruction. Cette demande doit, à peine d'irrecevabilité, être formée en même temps que l'appel devant la chambre de l'instruction »⁵⁵⁸⁷.

1163. Soumis à des exigences procédurales strictes, le référé-liberté constitue une procédure accessoire, dont la mise en œuvre reste subordonnée à la volonté préalable de relever appel⁵⁵⁸⁸. Il consiste à demander, en urgence, au président de la chambre de l'instruction, d'infirmer la décision de mise en détention provisoire rendue par le juge des libertés et de la détention⁵⁵⁸⁹. Une telle procédure semble répondre aux exigences européennes, en particulier à l'article 5 §4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui pose une condition de célérité. Ce texte prescrit d'ouvrir un recours à toute personne arrêtée ou détenue devant un tribunal, afin qu'il statue « à bref délai » sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la privation de liberté s'avère illégale. Le droit interne se révèle conforme au droit européen, il est en harmonie avec lui. Dans son deuxième alinéa, l'article 187-1 du C.P.P. dispose que « le président de la chambre de l'instruction (...) statue au plus tard le troisième jour ouvrable suivant la demande, au vu des éléments du dossier de la procédure, par une ordonnance non motivée qui n'est pas susceptible de recours »⁵⁵⁹⁰. Examiné directement par la chambre de l'instruction, comme peut le solliciter le mis en examen

⁵⁵⁸⁵ C.C., 11 août 1993, n°93-326 DC, préc., cons. 22.

⁵⁵⁸⁶ Sur les apports de la réforme : V. BRAULT-JAMIN, La réforme de la procédure dite du « référé-liberté ». Chronique d'un échec peut-être remédiable, R.P.D.P., 1997, p. 159 et s., spéc. n°13 à 18, p. 165 à 168 ; C. ARRIGHI, Les pouvoirs du président de la chambre d'accusation après la loi du 30 décembre 1996, Rev. sc. crim., 1998, p. 687 et s., spéc. p. 689 et 690 ; S. BIMES-ARBUS, Les pouvoirs du président de la chambre d'accusation, Petites affiches, 22 fév. 2000, p. 4 et s., spéc. p. 10.

⁵⁵⁸⁷ Pour un rappel de cette condition : Cass. crim., 14 nov. 1996, Bull. crim., n°409.

⁵⁵⁸⁸ F. DEFFERRARD, *op. cit.*, p. 101.

⁵⁵⁸⁹ Le mis en examen, son avocat ou le procureur de la République peut joindre toutes observations écrites à l'appui de la demande. L'avocat peut présenter des observations lors d'une audience de cabinet, le ministère public prenant ses réquisitions. Mais l'avocat doit avoir la parole en dernier : art. 187-1, al. 1 *in fine* du C.P.P.

⁵⁵⁹⁰ V. Cass. crim., 3 déc. 2002, Bull. crim., n°216 ; Procédures, 2003, comm. n°48, note J. BUISSON, indiquant que l'ordonnance rendue par le président de la chambre de l'instruction sur le référé-liberté est insusceptible de recours. Partant, le mis en examen ne saurait être admis à en demander l'annulation à la chambre de l'instruction, appelée à statuer ensuite sur l'appel de la décision de placement en détention provisoire. Cependant, un recours reste possible si l'ordonnance du président de la chambre de l'instruction est entachée d'excès de pouvoir : Cass. crim., 16 janv. 2013, Bull. crim., n°15 ; Procédures, 2013, comm. n°81, obs. J. BUISSON, où un excès de pouvoir a été commis (mise en liberté de l'individu en raison d'un prétendu dépassement du délai de 3 jours ouvrables). Il est rappelé que le point de départ de ce délai de 3 jours ouvrables doit être décompté à partir du lendemain du jour où la déclaration d'appel, formulée auprès du chef d'établissement pénitentiaire et transmise au greffier de la juridiction, a été transcrite par celui-ci.

depuis la loi du 15 juin 2000, le référé-liberté suppose que cette juridiction statue au plus tard dans un délai de cinq jours ouvrables suivant la demande⁵⁵⁹¹.

1164. Si le président de la chambre de l'instruction considère que les conditions prévues par l'article 144 du C.P.P. ne sont pas remplies, il infirme l'ordonnance de placement en détention provisoire et la personne mise en examen recouvre aussitôt la liberté. La chambre de l'instruction se trouve alors dessaisie de l'appel formé en même temps que le référé-liberté. Il apparaît néanmoins probable que l'élargissement de l'intéressé soit assorti d'un acte restrictif de liberté. Celui-ci peut être astreint à une mesure de contrôle judiciaire⁵⁵⁹². Si, au contraire, une telle ordonnance est confirmée, les effets du mandat de dépôt subsistent jusqu'à l'examen de l'appel par la chambre de l'instruction. A ce moment là, celle-ci s'attache au fond. Il demeure regrettable que ce recours contre un acte si coercitif soit limité à la procédure de placement initial en détention provisoire. Il devrait également concerner les refus de mise en liberté et les prolongations de détention.

1165. De ce point de vue, l'introduction du référé-détention dans le Code de procédure pénale par la loi du 9 septembre 2002 n'est pas de bon augure pour la mise en liberté de la personne poursuivie⁵⁵⁹³. Le législateur a accordé « un sérieux avantage au ministère public » aux articles 148-1-1 et 187-3 du C.P.P.⁵⁵⁹⁴, même si les défenseurs de cette procédure ont soutenu qu'il s'agissait juste de rétablir l'égalité des armes entre le parquet et le mis en examen⁵⁵⁹⁵. Lorsqu'une ordonnance de mise en liberté contraire à ses réquisitions est rendue, le procureur de la République qui décide d'en relever appel dans le délai de quatre heures à compter de sa notification, peut alors joindre à son recours un référé-détention exercé auprès du premier président de la cour d'appel afin de déclarer son appel suspensif⁵⁵⁹⁶. La personne reste donc en détention provisoire, l'ordonnance délivrée par le juge

⁵⁵⁹¹ Art. 187-2 du C.P.P. La chambre de l'instruction doit ensuite se prononcer sur l'appel dans le délai de 10 jours fixé par l'article 194, al. 3 du C.P.P., l'examen de l'appel étant en effet renvoyé devant la même juridiction : V. Cass. crim., 22 oct. 2002, Inédit, n°02-85424. Ceci semble discutable au regard de l'exigence d'impartialité des juges. La participation du président à la formation collégiale, après qu'il a rendu une décision sur le fondement de l'article 187-1 du C.P.P., a pourtant été validée : V. Cass. crim., 6 juin 2000, Bull. crim., n°211. Pour certains, l'intervention de cette juridiction deux fois de suite apparaît tout simplement « inutile » : M.-T. PAIN-MASBRENIER, La pertinence du référé-liberté et du référé-détention dans la procédure pénale française, R.R.J., 2008, p. 417 et s., spéc. p. 418.

⁵⁵⁹² Le président de la chambre de l'instruction doit détailler les obligations auxquelles devra satisfaire le mis en examen : V. B. BOULOC, Le référé en matière pénale, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 193 et s., spéc. p. 198.

⁵⁵⁹³ Cette procédure a été jugée conforme à la Constitution : C.C., 29 août 2002, n°2002-461 DC, préc., cons. 74.

⁵⁵⁹⁴ G. ROUSSEL, Suspicion (...), *op. cit.*, p. 235. D'aucuns vont beaucoup plus loin. Selon C. GUERY, *in* Une détention provisoire exceptionnelle (...), *op. cit.*, p. 239 : « Dire que le législateur se méfie dans cette disposition du trop grand "laxisme" du juge d'instruction voire de celui supposé de la chambre de l'instruction est un euphémisme ».

⁵⁵⁹⁵ Sur ce point, J. LE CALVEZ, note sous Cass. crim., 6 août 2003, D., 2003, jurispr., p. 2594, notant toutefois que l'égalité des armes n'est que « partielle ». Pour une étude complète de la réforme, J. BUISSON, Le référé-détention (...), *op. cit.*

⁵⁵⁹⁶ L'usage du référé-détention ne dispense pas le procureur de former son appel par une déclaration au greffe signée par lui et le greffier. L'irrégularité de la procédure ne le prive cependant pas de réitérer son recours selon les formes légales avant le terme lui étant imparti : Cass. crim., 1^{er} avril 2003, Bull. crim., n°81 ; Procédures, 2003, comm. n°179, note J. BUISSON. V. aussi, Cass. crim., 8 oct. 2013, Bull. crim., n°187 ; A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 83, obs. (critiques) J. GALLOIS, fixant le point de départ du délai d'appel au jour de l'appel effectif du parquet et considérant que la chambre de l'instruction s'est bien prononcée dans le délai de dix jours. Une question reste toutefois en suspens : pourquoi avoir prévu ce référé devant le premier président de la cour d'appel, alors que le référé-liberté est, lui, porté devant le président de la chambre de l'instruction (ou cette chambre elle-même) ? Cette différence de régime semble injustifiée.

d’instruction ou le juge des libertés et de la détention étant paralysée⁵⁵⁹⁷. Le premier président statue dans un délai de deux jours ouvrables suivant la demande. Il peut estimer que le maintien de l’incarcération est nécessaire au vu d’au moins deux des critères prévus par les dispositions de l’article 144 (du C.P.P.) jusqu’à ce que la chambre de l’instruction statue sur l’appel du parquet. Il prescrit, dans ce cas, la suspension des effets de l’ordonnance de mise en liberté jusqu’à cette date⁵⁵⁹⁸. Sa décision, qui doit être motivée, est insusceptible de recours selon l’article 187-3, alinéa 3, du C.P.P.⁵⁵⁹⁹, sauf lorsque son examen fait apparaître un risque d’excès de pouvoir relevant du contrôle de la Cour de cassation⁵⁶⁰⁰. La chambre de l’instruction se prononce dans les plus brefs délais et dans les dix jours de l’appel au maximum⁵⁶⁰¹. Il n’empêche que l’individu peut se tourner vers le juge européen si sa détention méconnaît les exigences conventionnelles.

b) La requête individuelle supranationale

1166. Non seulement l’acte coercitif obéit à une réglementation stricte en droit interne, mais il est tenu de respecter de surcroît les grands principes conventionnels lors de son exécution. Il peut être contesté, à titre essentiel, sur le fondement des articles 5 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales. Le premier texte permet de dénoncer l’inconventionnalité des arrestations, gardes à vue ou détentions provisoires. Le second ouvre droit à la critique des perquisitions et saisies, interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, fouilles de véhicules, sonorisations et fixations d’images, etc. Admis en France depuis le 2 octobre 1981, ce recours individuel supranational, exercé devant la Cour de Strasbourg, figure parmi « les clefs de voûte du mécanisme de sauvegarde des droits et libertés » garantis par la Convention⁵⁶⁰². Introduit dans tous les cas après les recours internes, cet « ultime recours » ou

⁵⁵⁹⁷ Le champ d’application du référé-détention a été précisé. Si l’ordonnance de refus de prolongation de la détention provisoire ne peut faire l’objet de cette procédure, il en va autrement lorsque le juge compétent décide de la mise en liberté de l’individu avant l’expiration du délai de détention. Toute ordonnance de mise en liberté, non conforme aux réquisitions du parquet, est donc susceptible de faire l’objet de cette procédure : Cass. crim., 6 août 2003, Bull. crim., n°144 ; D., 2003, jurisp., p. 2594, note J. LE CALVEZ ; A.J. pénal, 2003, jurisp., p. 72, obs. J. C. ; Cass. crim., 20 juin 2006, Bull. crim., n°184 ; A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 458, obs. E. A. ; Cass. crim., 7 avril 2009, Bull. crim., n°70 ; A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 321, obs. M.-E. C. ; Dr. pénal, 2009, comm. n°115, note A. MARON et M. HAAS ; Procédures, 2009, comm. n°286, note J. BUISSON. Ces arrêts soulignent encore qu’ « en raison de l’effet dévolutif de l’appel, la chambre de l’instruction était tenue d’examiner le bien-fondé de la prolongation de la détention ».

⁵⁵⁹⁸ Art. 187-3, al. 4 du C.P.P.

⁵⁵⁹⁹ V. à cet égard, Cass. crim., 9 déc. 2003, Bull. crim., n°235 ; A.J. pénal, 2004, jurisp., p. 73, obs. P. R. Le commentateur s’interroge sur l’intérêt d’exiger une ordonnance motivée et « des critères *minima* de motivation sans qu’un contrôle puisse être exercé (où est le respect de l’égalité des armes dans ce cas là ?). Autant prévoir une ordonnance non motivée... ».

⁵⁶⁰⁰ Cass. crim., 12 mars 2014, n°13-88509, E.C.P.B., prononçant la recevabilité du pourvoi, puis annulant l’ordonnance du premier président de la cour d’appel. Celui-ci a déclaré le référé-détention irrecevable, alors que le défaut de concomitance entre la saisine du premier président et les observations écrites du parquet justifiant le maintien en détention « n’est pas une cause d’irrecevabilité de la procédure de référé-détention ».

⁵⁶⁰¹ Mais cette fois, la loi prévoit de façon heureuse qu’à peine de nullité, le premier président de la cour d’appel (ou le magistrat qui le remplace) ayant statué sur la demande de référé-détention, ne peut siéger au sein de la chambre de l’instruction qui se prononce sur l’appel du parquet : art. 187-3, al. 6 du C.P.P.

⁵⁶⁰² CEDH (Gr. ch.), 4 fév. 2005, *Mamatkoulov et Askarov / Turquie*, n°46827/99 et 46951/99, §122.

« recours de la dernière chance » profite d'« une position hiérarchique supérieure »⁵⁶⁰³. Ceci se confirme si l'on garde à l'esprit que la requête individuelle « supplée les lacunes de l'organisation judiciaire interne »⁵⁶⁰⁴.

1167. C'est l'article 34 de la Convention précitée qui autorise l'individu subissant un acte coercitif à se plaindre de la violation des stipulations conventionnelles devant la Cour européenne des droits de l'homme. Selon ce texte, celle-ci peut être saisie par « toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit »⁵⁶⁰⁵. A la différence du requérant étatique, le requérant individuel doit avoir un intérêt personnel à agir. Il ne saurait demander au juge européen d'examiner *in abstracto* si une loi est conforme à la Convention⁵⁶⁰⁶. Il faut qu'une décision ou une mesure interne ait lésé de manière concrète ses droits pour justifier ce recours. Cela correspond bien à l'hypothèse de l'acte coercitif accompli en procédure pénale. La Cour a néanmoins admis la notion de victime potentielle : le requérant demeure incapable de démontrer que la législation qu'il incrimine lui a été effectivement appliquée, en raison du caractère secret des mesures qu'elle autorise, telles les écoutes téléphoniques⁵⁶⁰⁷.

1168. La recevabilité des requêtes individuelles dépend du respect de plusieurs obligations. En vertu de l'article 35 §1 de la Convention, il s'agit surtout d'introduire la requête après épuisement des voies de recours internes⁵⁶⁰⁸ par une présentation écrite et signée de la main du requérant ou de son représentant, dans un délai de six mois à compter de la date de la décision interne définitive⁵⁶⁰⁹. L'obligation d'épuiser les voies de recours internes traduit le principe de subsidiarité. Il a été affirmé de longue date que « le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère

⁵⁶⁰³ V. CHAPELLE-BOUCHARD, Le droit de recours en matière pénale : Contribution (...), *op. cit.*, n°340 et 341, p. 273.

⁵⁶⁰⁴ V. CHAPELLE-BOUCHARD, *op. cit.*, n°341, p. 274, expliquant avec justesse que « face à l'impossibilité, pour ne pas dire l'incapacité, du système interne de résoudre le conflit, il (le droit de recours individuel) apparaît comme le seul recours apte à résorber la situation litigieuse. Cette contestation de la dernière heure, cette ultime voie de droit permettra enfin au justiciable d'obtenir satisfaction ». V. toutefois, dénonçant certaines dérives de la Cour européenne en raison du recours individuel : B. DE LAMY, La Cour européenne des droits de l'homme, protectrice des droits fondamentaux, *Dr. pénal*, 2011, Etude n°12, spéc. n°4 et s., évoquant « une approche très individualiste des droits fondamentaux pouvant profondément déformer les conceptions internes ».

⁵⁶⁰⁵ Sur ce point, P. DOURNEAU-JOSETTE, La saisine de la CEDH : *vade mecum*, *A.J. pénal*, 2010, p. 58 et s.

⁵⁶⁰⁶ V. par ex., CEDH, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp / Belgique*, préc., §47 et s. ; CEDH, 6 sept. 1978, *Klass et autres / Allemagne*, préc., §33.

⁵⁶⁰⁷ CEDH, 6 sept. 1978, *Klass et autres / Allemagne*, préc., §33.

⁵⁶⁰⁸ Sauf si les recours internes sont illusoire (CEDH, 22 mai 1984, *De Jong, Baljet et Van den Brink / Pays-Bas*, préc., §39 : les recours doivent être « disponibles » et « adéquats »), ce qui n'est pas le cas en droit français des recours exercés contre les actes coercitifs.

⁵⁶⁰⁹ Ce délai de six mois sert à assurer « une certaine sécurité juridique aux décisions des juridictions internes ». Mais la jurisprudence « a assoupli cette règle en admettant que, lorsque le droit interne prévoit une notification de la décision, c'est à compter du lendemain de cette date que part le délai de six mois » : P. ROUBLOT, La recevabilité des requêtes devant la Cour européenne des droits de l'homme, *A.J. pénal*, 2010, p. 63 et s., spéc. p. 66. Sur les difficultés posées par la notion de « décision interne définitive » : C. WAQUET, Le droit au recours et la procédure devant la CEDH, *D.*, 2010, chron., p. 2603 et s.

subsidaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme »⁵⁶¹⁰. Principe fondamental consacré par l'article 1^{er} du Protocole 15 à la Convention⁵⁶¹¹, la subsidiarité signifie que « la tâche d'assurer le respect des droits consacrés par la Convention incombe en premier lieu aux autorités des Etats contractants, et non à la Cour. Ce n'est qu'en cas de défaillance des autorités nationales que cette dernière peut et doit intervenir »⁵⁶¹². Le juge national apparaît donc comme le juge naturel et le premier juge de la Convention. La saisine du juge européen ne peut avoir lieu que pour pallier l'éventuelle insuffisance de la protection nationale⁵⁶¹³. Le requérant doit alléguer en substance devant le juge pénal français la violation du droit protégé par les dispositions conventionnelles pour être admis à saisir la Cour de Strasbourg⁵⁶¹⁴. Devant les juridictions internes, il lui faut invoquer que l'acte coercitif a méconnu son droit à la sûreté ou au respect de sa vie privée afin de pouvoir ensuite s'en prévaloir devant la Cour européenne⁵⁶¹⁵. Cette dernière a nuancé la rigueur de la condition tenant à l'épuisement des voies de recours internes en précisant que seuls ceux dits « utiles » sont concernés⁵⁶¹⁶.

1169. Le principe de subsidiarité explique la marge d'appréciation des Etats. Celle-ci leur permet de jouir d'un pouvoir discrétionnaire en vue d'imposer des limitations aux droits garantis par la Convention. Le contrôle européen se voit ainsi frappé du « sceau de la retenue judiciaire »⁵⁶¹⁷. En effet, « grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer » sur le contenu des exigences de l'ordre public et la nécessité de restreindre une liberté⁵⁶¹⁸. Mais il faut se garder de croire que la marge d'appréciation des Etats est illimitée. Elle « va de pair avec un contrôle

⁵⁶¹⁰ CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside / Royaume-Uni*, préc., §48 et l'arrêt cité (affaire « linguistique belge »).

⁵⁶¹¹ Le principe conventionnel de subsidiarité a été perçu par la Cour européenne comme « l'un des piliers de la Convention » : CEDH (Gr. ch.), 15 mars 2012, *Austin et autres / Royaume-Uni*, n°39692/09, 40713/09 et 41008/09, §61. L'article 1^{er} du Protocole 15 ajoute un dernier paragraphe au préambule de la Convention, ainsi rédigé : « Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme instituée par la présente Convention ». V. F. SUDRE, La subsidiarité, « nouvelle frontière » de la Cour européenne des droits de l'homme. A propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention, J.C.P., 2013, 1086.

⁵⁶¹² J.-P. COSTA, Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme, D., 2010, chron., p. 1364 et s. ; M. PUECHAVY, La règle de l'épuisement des voies de recours internes et la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme, in Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Bruylant, 2004, vol. II, p. 1299 et s., spéc. p. 1300 et 1301.

⁵⁶¹³ V. J.-F. RENUCCI, Droit européen des droits de l'homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH, L.G.D.J.-Lextenso, 5^{ème} éd., 2013, n°57

⁵⁶¹⁴ V. *mutatis mutandis*, CEDH, 6 nov. 1980, *Guzzardi / Italie*, préc., §72.

⁵⁶¹⁵ A titre d'exemple, la Cour a considéré à partir de l'arrêt *Civet / France* du 28 septembre 1999, précité, que le pourvoi en cassation fait partie des voies de recours à épuiser afin de dénoncer la durée excessive de la détention provisoire. Elle affirme que le pourvoi permet de contrôler la motivation du maintien en détention. Or, le requérant n'a pas soulevé le grief tiré d'une violation de l'article 5 §3 dans son pourvoi. Sur la question, M. PUECHAVY, *op. cit.*, p. 1308 et 1309.

⁵⁶¹⁶ B. DE LAMY, *op. cit.*, n°9, ajoutant qu'il faut ainsi entendre « les recours de nature à donner satisfaction au justiciable sur le terrain de la Convention. En particulier, lorsque l'affaire présente un degré élevé de gravité (...), la Cour européenne assouplit très sensiblement la condition de l'épuisement des voies de recours internes ».

⁵⁶¹⁷ F. SUDRE, Droit européen et international des droits de l'homme, P.U.F., Droit fondamental, 11^{ème} éd., 2012, n°153.

⁵⁶¹⁸ CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside / Royaume-Uni*, préc., §48. La Convention réserve aux Etats une marge d'appréciation.

européen »⁵⁶¹⁹. Cette théorie offre à la Cour la possibilité de moduler l'intensité de son contrôle. Elle lui permet de vérifier la finalité et la nécessité des actes coercitifs accomplis. Quant au principe de proportionnalité, traduisant « une exigence d'adéquation entre un objectif légitime et les moyens utilisés pour l'atteindre », il se situe « au cœur du contrôle de la marge nationale d'appréciation »⁵⁶²⁰. Dans l'affaire *Klass*⁵⁶²¹, il a été recherché si l'acte coercitif, à savoir des écoutes téléphoniques, restait proportionné au but légitime poursuivi et vérifié qu' « un juste équilibre » avait été assuré entre l'intérêt général et les intérêts de la personne. Est-il besoin de rappeler que pour être admissible, un acte coercitif doit toujours respecter trois conditions : être prévu par la loi, viser un but légitime et être nécessaire dans une société démocratique ?

1170. Depuis l'entrée en vigueur du Protocole n°14, une condition supplémentaire de recevabilité des requêtes individuelles a été ajoutée. L'article 35 §3 b) énonce que la Cour européenne déclare le recours irrecevable si elle estime que « le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles exige un examen de la requête au fond et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne »⁵⁶²². Application de l'adage *de minimis non curat praetor*, cette nouvelle condition a été adoptée aux fins d'accentuer le filtrage de la Cour et, *in fine*, de résorber l'engorgement de son rôle⁵⁶²³. Elle a cependant suscité de nombreuses critiques. Il a été souligné, à juste titre, que le caractère important du préjudice demeure « une notion éminemment subjective ». Aussi la Cour pourrait-elle juger irrecevables des requêtes bien fondées et donc « tolérer des violations de la Convention sous le prétexte que le requérant n'a subi aucun préjudice important »⁵⁶²⁴. Mais, d'une part, l'article 35 §3 b) susmentionné a prévu des garde-fous, il a encadré ce nouveau critère de certaines garanties⁵⁶²⁵. S'agissant, d'autre part, des actes coercitifs, il paraît difficile de voir la Cour européenne déclarer une requête irrecevable pour ce motif sachant que ces actes portent atteinte aux libertés individuelles. Ils causent en général un grief important au requérant. Il serait donc surprenant, et même choquant, que la Cour juge irrecevable une requête en se fondant sur ce critère, alors que la légalité d'une privation de liberté ou la nécessité d'interceptions téléphoniques ou d'une mesure de sonorisation serait contestée.

⁵⁶¹⁹ CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside / Royaume-Uni*, préc., §49. Sur « la transmutation de la marge d'appréciation », notamment par l'article 1^{er} du Protocole 15 procédant « à une assimilation abusive entre principe de subsidiarité et marge d'appréciation » : F. SUDRE, *La subsidiarité (...), op. cit.*, n°29 et s.

⁵⁶²⁰ F. SUDRE, *Droit européen et international (...), op. cit.*, n°154.

⁵⁶²¹ Préc., §55 à 60 de l'arrêt et not. §59.

⁵⁶²² Cette condition de l'examen de l'affaire par un tribunal interne est supprimée par l'article 5 du Protocole 15 de la Convention. Il s'agit de faciliter le jeu de l'irrecevabilité du fait de l'absence de préjudice important. Sur ce point, F. SUDRE, *La subsidiarité (...), op. cit.*, n°10.

⁵⁶²³ Pour des propositions de refondation complète du système européen, J.-F. FLAUSS, *Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle ?*, D., 2003, chron., p. 1638 et s.

⁵⁶²⁴ F. BENOIT-ROHMER, *Il faut sauver le recours individuel...*, D., 2003, chron., p. 2584 et s., not. p. 2586 ; J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme (...), op. cit.*, n°56. *Adde*, pour le problème du respect du délai raisonnable soulevé par ce critère, V. BERGER, *Le droit au recours et la procédure devant la CEDH*, D., 2010, chron., p. 2605 et s.

⁵⁶²⁵ V. aussi, P. ROUBLLOT, *La recevabilité (...), op. cit.*, p. 66.

1171. Une fois le stade de la recevabilité franchi, les juges de Strasbourg contrôlent l'acte coercitif à l'aune des exigences conventionnelles. Leurs arrêts constatant une violation de la Convention possèdent une portée individuelle. Ils présentent un caractère déclaratoire⁵⁶²⁶, auquel s'ajoute un caractère obligatoire fondé sur l'article 46 §1 de la Convention⁵⁶²⁷. Dans ses arrêts *Kemmache* et *Saïdi*, la Cour de cassation a largement restreint la portée individuelle des arrêts rendus par la Cour européenne⁵⁶²⁸. Elle a décidé qu'un tel arrêt, constatant l'irrespect d'un des droits garantis par la Convention, « s'il permet à celui qui s'en prévaut de demander réparation, est sans incidence sur la validité des procédures relevant du droit interne »⁵⁶²⁹. En d'autres termes, les juridictions pénales françaises peuvent prendre une décision définitive en se fondant sur une procédure viciée, la Cour européenne ayant au préalable constaté une violation des exigences conventionnelles. La personne doit être condamnée et le fait qu'elle ait été victime d'une violation d'un des droits protégés par la Convention au cours de la procédure diligentée n'y changeait rien. Cette solution contestable devrait évoluer après les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 15 avril 2011⁵⁶³⁰. Certains individus condamnés ont subi des actes coercitifs irréguliers au regard des exigences conventionnelles. Or l'atteinte à leur liberté d'aller et venir, à leur sûreté personnelle, à l'inviolabilité de leur domicile ou au respect de leur vie privée a sans doute favorisé l'accusation et contribué à leur condamnation pénale.

1172. Afin d'attribuer aux arrêts européens une véritable effectivité en droit interne, la loi du 15 juin 2000 a consacré une nouvelle voie de recours extraordinaire aux articles 626-1 et suivants du C.P.P. : le réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁶³¹. Ainsi « le réexamen d'une décision pénale définitive peut être demandé au bénéfice

⁵⁶²⁶ V. CEDH, 13 juin 1979, *Marckx* / Belgique, n°6833/74, §58. Un arrêt de la Cour européenne se contente de dire s'il y a eu ou non, dans chaque espèce, violation de la Convention ou de ses protocoles. Il ne saurait abroger la loi, annuler l'acte ou casser la décision à l'origine de la violation. S'il ne vaut que pour la seule affaire déférée, « la Cour indique, de façon plus systématique et plus directive que par le passé, les mesures attendues à la suite de ses jugements ». La pratique des arrêts « pilotes » permet en outre d'adresser une injonction à l'Etat d'adopter certaines mesures générales : E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, A.J. pénal, 2010, p. 67 et s., spéc. p. 67 et 68.

⁵⁶²⁷ « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties ». Sur l'ensemble de la question, J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Connaissance du droit, 6^{ème} éd., 2012, p. 38 et s., not. p. 40 à 43 sur « la relativité du caractère obligatoire », les arrêts rendus par la Cour de Strasbourg ne valant pas « titre exécutoire ».

⁵⁶²⁸ Cass. crim., 3 fév. 1993, Bull. crim., n°57 (*Kemmache*) ; Cass. crim., 4 mai 1994, J.C.P., 1994, II, 22349, note P. CHAMBON (*Saïdi*).

⁵⁶²⁹ La formule reste très proche dans l'arrêt du 4 mai 1994 : « Qu'en effet, les décisions rendues par ladite Cour (...) n'ont aucune incidence directe en droit interne sur les décisions des juridictions nationales ». *Adde*, Cass. crim., 2 avril 2014, n°13-80474, E.C.P.B., préc. : « Attendu que (...) les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme n'ont aucune incidence directe sur la régularité des décisions rendues par les juridictions internes ».

⁵⁶³⁰ Préc. Sur ce point : J.-P. MARGUENAUD, *op. cit.*, p. 39 et 40.

⁵⁶³¹ Sur le contexte politique et juridique de cette réforme, C. PETTITI, *Le réexamen d'une décision pénale française après un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme : la loi française du 15 juin 2000*, R.T.D.H., 2001, p. 3 et s., not. p. 4 à 9. Pour une mise en exergue des différences entre demande en révision et recours en réexamen, F. RINALDI, *Des demandes en révision et en réexamen d'une décision pénale définitive*, Petites affiches, 12 juillet 2001, p. 4 et s. Sur la mise en œuvre de ce mécanisme en France et à l'étranger : F. TULKENS, *La mise en œuvre de la réouverture des procédures internes suite à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Politique(s) criminelle(s)*, Mélanges C. LAZERGES, Dalloz, 2014, p. 811 et s., spéc. n°20 et s., p. 818 et s.

de toute personne reconnue coupable d'une infraction lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que la condamnation a été prononcée en violation des dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour le condamné, des conséquences dommageables auxquelles la "satisfaction équitable" allouée sur le fondement de l'article 41 de la Convention ne pourrait mettre un terme ». Suite à la loi n°2014-640 du 20 juin 2014 relative à la réforme des procédures de révision et de réexamen d'une condamnation pénale définitive⁵⁶³², ce texte devient le nouvel article 622-1 du C.P.P., qui entre en vigueur le 1^{er} octobre 2014. Le législateur de juin 2014 a choisi d'uniformiser le régime juridique des deux voies de recours extraordinaires que sont le recours en révision et le réexamen d'une décision pénale⁵⁶³³. Comme avant cette loi, la personne condamnée⁵⁶³⁴ dispose d'un délai d'un an à partir de l'arrêt rendu par la Cour de Strasbourg pour demander le réexamen⁵⁶³⁵; et les violations constatées doivent toujours présenter une certaine nature et gravité ayant engendré des conséquences dommageables pour le condamné. C'est devant la « cour de révision et de réexamen », créée au sein de la Cour de cassation, composée de dix-huit magistrats de chacune des six chambres de ladite Cour et présidée par le président de la chambre criminelle, que la demande en réexamen doit être adressée⁵⁶³⁶.

1173. Sans doute le domaine de ce dispositif apparaît-il assez restreint. « Il ne concerne en pratique que des cas bien précis de violations, essentiellement des violations des articles 5 et 6 (de la Convention), de même que des textes qui à l'occasion peuvent intéresser la procédure pénale, tels que malheureusement l'article 3, ou encore l'article 8 »⁵⁶³⁷. Si un acte coercitif irrégulier est exécuté, comme des interceptions téléphoniques illégales, ou pire, une mesure de garde à vue entachée d'actes de torture ou de traitements inhumains ou dégradants, et si l'acte s'avère déterminant lors du prononcé

⁵⁶³² J.O. du 21 juin 2014, p. 10209 ; D., 2014, p. 1382, obs. J. MUCCHIELLI ; F. FOURNIE, « Réviser la révision ». A propos de la nouvelle procédure de révision et de réexamen des condamnations pénales, J.C.P., 2014, 777.

⁵⁶³³ F. FOURNIE, *op. cit.*

⁵⁶³⁴ C'est elle qui a subi les actes coercitifs et qui intéresse l'étude. Mais d'autres personnes peuvent demander le réexamen : V. art. 626-2 du C.P.P., devenant, après quelques modifications, l'article 622-2 du C.P.P., entrant en vigueur au 1^{er} oct. 2014. Les victimes sont exclues de cette procédure, uniquement aménagée dans l'intérêt des condamnés. V. F. CASORLA, Et un, et deux, et trois... et quatre voies de recours en matière pénale ou l'art du masochisme juridique, R.P.D.P., 2003, p. 549 et s., not. p. 550.

⁵⁶³⁵ Art. 622-1 *in fine* du C.P.P., en vigueur au 1^{er} oct. 2014. V. Cass. Comm. réex., 20 déc. 2012, Bull. crim., Comm. réex., n°3. Il ressort de cet arrêt que le délai d'un an de l'article 626-3, al. 2 du C.P.P. pour saisir la commission de réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne court à compter, non pas de la date du prononcé de l'arrêt, mais de la date à laquelle cet arrêt devient définitif dans les conditions prévues par l'article 44 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

⁵⁶³⁶ Art. 623 du C.P.P., modifié par la loi n°2014-640 du 20 juin 2014, entrant en vigueur le 1^{er} oct. 2014. Jusqu'à cette date, si la commission considère la demande justifiée, elle peut renvoyer l'affaire devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ou une juridiction de même ordre et de même degré que celle qui a rendu la décision litigieuse pour la rejurer dans le respect des principes conventionnels. La juridiction de renvoi jouit d'une entière liberté, elle peut aggraver le sort de l'accusé.

⁵⁶³⁷ F. MASSIAS, Le réexamen des décisions définitives intervenues en violation de la Convention européenne des droits de l'homme, Rev. sc. crim., 2001, p. 123 et s., spéc. p. 134. *Adde*, C. BARBEROT, Le renvoi pour réexamen : à propos de quatre décisions de renvoi de la commission de réexamen (*Hakkar, Remli, Van Pelt et Omar*), Dr. pénal, 2002, chron. n°16, spéc. la note n°9 : « La violation du droit au respect de la vie privée et de la correspondance est de nature à ouvrir la voie du réexamen pourvu qu'elle fonde la condamnation ».

de la condamnation de l'individu, celui-ci peut solliciter le réexamen de la décision pénale après que la France a été condamnée par la Cour européenne⁵⁶³⁸. Constitutive d'une protection *a posteriori* contre les actes coercitifs abusifs ou illégaux, cette procédure possède en plus un aspect dissuasif. Conscientes de l'existence de ce recours, les autorités publiques n'ont aucun intérêt à user de manière irrégulière, voire illégale de la coercition⁵⁶³⁹. Par ailleurs, si la formation de jugement de la cour de révision et de réexamen annule la condamnation sans ordonner la suspension de son exécution, l'individu demeure détenu jusqu'à la décision de la Cour de cassation ou de la juridiction de fond saisie. Cette nouvelle décision doit intervenir dans l'année sous peine de mise en liberté d'office. Pendant ce délai, celui-ci est considéré comme placé en détention provisoire et a le droit de formuler des demandes de mise en liberté⁵⁶⁴⁰. Bref, sa privation de liberté perd son caractère répressif et cède la place à un acte coercitif, cet individu étant « redevenu un suspect justiciable, comme tout suspect, du droit à la liberté »⁵⁶⁴¹.

1174. Tous les recours organisés contre l'acte coercitif au profit de la personne concernée n'ont pu être examinés en détail. Il en existe de plus particuliers du reste, tel le pouvoir d'annulation du juge des libertés et de la détention. En cas de contestation par le bâtonnier d'une saisie opérée dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile (« référé-confidentialité »), ce juge ordonne la restitution immédiate du document ou de l'objet litigieux s'il considère la saisie injustifiée, ainsi que « la destruction du procès-verbal des opérations et, le cas échéant, la cancellation de toute référence à ce document, à son contenu ou à cet objet qui figurerait dans le dossier de la procédure »⁵⁶⁴². Il arrive en outre à la jurisprudence de protéger la liberté individuelle au moyen du concept d'« inexistence » en procédure pénale. Elle recourt aux notions d'acte inexistant ou de titre inexistant pour imposer l'élargissement de l'individu placé en détention provisoire, lorsque sa détention se révèle manifestement illégale⁵⁶⁴³. Ce faisant, elle donne tout son sens au principe de la régularité des atteintes à la sûreté des justiciables et assume son rôle de gardien de la liberté individuelle, inscrit à l'article 66

⁵⁶³⁸ Il faut que la juridiction, qui a prononcé la condamnation, ait pris en considération de manière décisive les conversations échangées au cours des écoutes téléphoniques pourtant illégales, les aveux de la personne ayant subi des violences lors de sa garde à vue... Sur le lien de causalité – devant être caractérisé – entre la violation de la Convention et la condamnation : D.-N. COMMARET, La procédure de réexamen, *Rev. sc. crim.*, 2002, p. 348 et s., spéc. p. 350, relevant une décision de la Commission du 21 juin 2001, *Cherakrak*, ayant souligné que « l'enregistrement téléphonique irrégulier au regard du droit conventionnel n'avait pas constitué "un moyen de preuve exclusif et décisif" ».

⁵⁶³⁹ Cette voie de recours extraordinaire présente donc une utilité tangible (en ce sens aussi, D.-N. COMMARET, *op. cit.*, p. 356), même si l'on remet parfois en cause son intérêt réel : V. E. DREYER, A quoi sert le réexamen des décisions pénales après condamnation à Strasbourg ?, *D.*, 2008, chron., p. 1705 et s.

⁵⁶⁴⁰ C'est le cas avec l'article 625, al. 6 du C.P.P., modifié ; F. FOURNIE, *op. cit.*, spéc. n°3 *in fine*. La mise en liberté ne paraît possible que si l'exécution de la condamnation est suspendue, cette décision pouvant être prononcée à tout moment de la procédure : F. DOROY, Le réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de condamnation de la CEDH : mise en œuvre de la réforme du 15 juin 2000. Questions juridiques et problèmes pratiques, *Dr. pénal*, 2003, chron. n°18 (II, A, 3°).

⁵⁶⁴¹ F. DEFFERRARD, Le suspect (...), *op. cit.*, p. 123.

⁵⁶⁴² Art. 56-1, al. 6 du C.P.P.

⁵⁶⁴³ Cass. crim., 4 janv. 1983, *D.*, 1983, jurispr., p. 562, note M. ROGER. Selon l'annotateur de cette décision, « l'utilisation en procédure pénale de la notion d'inexistence exige à la fois un acte manifestement illégal portant directement atteinte à la liberté individuelle et une saisine régulière de la juridiction » (p. 564).

de la Constitution. Malgré la diversité des recours et garanties aménagés à l'endroit de l'acte coercitif, il n'empêche que sa contestation fait preuve de faiblesses, tant regrettables que persistantes.

Section II – Les faiblesses persistantes de la contestation de l'acte coercitif

1175. Exigence primordiale, la critique de l'acte coercitif montre néanmoins certaines limites. Ces faiblesses se retrouvent à deux niveaux distincts. Il en est qui ont trait au recours lui-même susceptible d'être exercé contre cet acte. La première insuffisance demeure donc intrinsèque au recours (§1). La seconde concerne son régime juridique. Celui-ci se présente comme nettement défavorable (§2).

§1 – L'insuffisance intrinsèque du recours

1176. Dans plusieurs hypothèses, le Code de procédure pénale supprime de façon pure et simple le recours contre l'acte coercitif, du moins il écarte le recours imposé par cet acte, celui qui lui est vraiment adapté et qui devrait être prévu. Eu égard à son caractère en principe systématique, une telle exclusion s'avère des plus contestables (A). De plus, lorsqu'il est ouvert, le recours donne souvent lieu à un contrôle dont l'effectivité paraît restreinte. Nul doute que ce contrôle sommaire de l'acte coercitif (B) illustre un autre aspect de l'insuffisance intrinsèque du recours.

A – Une exclusion contestable

1177. L'absence de recours vis-à-vis de l'acte coercitif se révèle plus fréquente qu'il n'y paraît à première vue. Elle peut être observée dans différentes situations, lesquelles correspondent soit à des cas généraux d'exclusion du recours (1°), soit à des cas spéciaux (2°).

1°- Les cas généraux d'exclusion du recours

1178. Afin de rassembler les preuves de l'infraction et d'en rechercher les auteurs, enquêteurs et magistrats accomplissent les investigations coercitives de leur choix, parmi celles prévues par le législateur. Il faut bien sûr qu'elles respectent les conditions de fond et de forme énoncées pour chacune d'elles. Toutefois, la décision de procéder à tel acte coercitif ou à tel autre reste libre. A partir du moment où les conditions sont réunies, les autorités publiques décident librement de recourir à des fouilles corporelles ou de véhicules, des perquisitions, des interceptions téléphoniques, des sonorisations et fixation d'images, etc. Il convient de relever qu'« en France il n'existe pas de recours permettant de discuter le choix d'une mesure d'enquête. C'est une décision prise en opportunité par le juge pénal. Elle peut se discuter dans le cadre du procès au fond ou éventuellement dans le cadre d'un

recours en annulation si les mesures allaient à l'encontre du Code de procédure pénale, mais il n'existe pas de recours visant le choix du juge, ni le respect du principe de proportionnalité »⁵⁶⁴⁴. Mais peu à peu, le contrôle de nécessité et de proportionnalité des actes coercitifs tend à se développer.

1179. Au cours des enquêtes de police, il n'existe pas non plus de recours contre les actes coercitifs qui ne débouchent sur rien. Il en va ainsi de la garde à vue qui ne permet de recueillir aucune information sur les faits ou de la perquisition qui n'aboutit à la découverte du moindre objet ou indice utile à la progression de l'enquête. Ces actes ont beau être irréguliers, s'il n'est donné aucune suite à l'enquête, autrement dit s'il n'y a pas de mise en mouvement de l'action publique, il n'existe aucun moyen de faire sanctionner les irrégularités commises et d'obtenir réparation en droit interne français ; car « seules les juridictions pouvant apprécier la régularité des actes accomplis lors des enquêtes (chambre de l'instruction ou tribunal correctionnel en vertu des articles 173, alinéa 3, et 385, alinéa 1^{er}, du C.P.P.) ont compétence pour déclarer irrégulières les opérations ne satisfaisant pas aux exigences légales »⁵⁶⁴⁵. Ce manque de protection de la personne assujettie à la coercition demeure insatisfaisant, même lorsqu'il est temporaire⁵⁶⁴⁶. Placé en garde à vue ou en retenue douanière, l'individu peut « seulement espérer que le procureur de la République (ou le juge d'instruction), soucieux de la régularité de sa procédure, ordonne la cessation de la mesure ou que le juge des libertés et de la détention (ou le juge d'instruction), lorsqu'il est saisi, en refuse la prolongation »⁵⁶⁴⁷.

1180. Pareille situation semble d'ailleurs peu compatible avec l'article 5 §4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, dont les termes octroient à la personne privée de liberté le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération en cas d'illégalité. Ce droit de recours n'existe donc pas véritablement en droit français. L'individu doit subir la garde à vue (ou la retenue douanière) jusqu'à son achèvement et ne peut critiquer la légalité de la mesure qu'après la mise en mouvement de l'action publique, devant la juridiction d'instruction ou de jugement. Il s'agit d'une lacune importante du droit positif, dénoncée par la doctrine⁵⁶⁴⁸. A la différence de certains droits étrangers, tel le droit américain, la législation

⁵⁶⁴⁴ E. RUELLE, Intervention aux débats *in* L'espace judiciaire européen civil et pénal. Regards croisés, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, F. JAULT-SESEKE, J. LELIEUR et C. PIGACHE (dir.), p. 174. Pour étayer son propos, l'auteur ajoute : « Quand un juge d'instruction décide d'une perquisition on ne se pose pas la question de savoir si le moyen va au-delà de ce qui est nécessaire pour obtenir l'information, alors que dans d'autres pays de l'Union européenne, on rencontre des mécanismes différents ».

⁵⁶⁴⁵ H. MATSOPOULOU, Les évolutions récentes de la preuve (...), *op. cit.*, p. 419.

⁵⁶⁴⁶ C'est-à-dire dans l'attente de la saisine de la juridiction d'instruction ou de jugement, avant l'engagement des poursuites. Il l'est *a fortiori* si aucune poursuite n'est engagée, la personne intéressée ne disposant alors d'aucun moyen pour contester l'acte coercitif irrégulier.

⁵⁶⁴⁷ S. DETRAZ, La retenue douanière des personnes : une anomalie persistante (...), *op. cit.*, n°26.

⁵⁶⁴⁸ Dans plusieurs articles, le professeur MERLE a souligné cette absence de recours du gardé à vue et son caractère inconciliable avec les dispositions de l'article 5 §4 de la Convention : V. R. MERLE, Le problème du contrôle juridictionnel de la garde à vue, *in* Détention provisoire, contrôle judiciaire et garde à vue. Les problèmes soulevés par leur contrôle juridictionnel, P.U.F., 1971, p. 155 et s., spéc. p. 156, 159 et 160 ; R. MERLE, Le problème du contrôle juridictionnel de la garde à vue, Mélanges P. COUZINET, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 551 et s., spéc. p. 555 à 557 ; R. MERLE, La Convention européenne des droits de l'homme et la justice pénale française, D., 1981, chron., p. 227 et s.,

interne française ne consacre pas de recours d'*habeas corpus* afin de faire contrôler par un juge la régularité d'une arrestation ou d'une détention. La liberté individuelle paraît donc faire l'objet de davantage de protection aux Etats-Unis qu'en France, en particulier si l'on se réfère au moment de l'intervention judiciaire par rapport à l'exécution de l'acte coercitif⁵⁶⁴⁹.

1181. Même si un recours en nullité de la garde à vue est possible devant la chambre de l'instruction ou le tribunal correctionnel et si son annulation est prononcée, cette sanction intervient *a posteriori*⁵⁶⁵⁰, vraisemblablement plusieurs jours ou semaines après l'exécution de la mesure, voire des mois après. Le juge compétent ne se prononce pas à « bref délai » comme l'impose l'article 5 §4 de la Convention⁵⁶⁵¹. Sous cet angle, « notre législation interne » apparaît bien « fragile au regard des exigences de l'article 5 de la Convention », en l'absence « de recours conforme aux exigences du paragraphe 4 pour sanctionner une garde à vue irrégulière »⁵⁶⁵². Il faut pourtant admettre qu'en certaines matières, comme l'extradition, la Cour de cassation a adapté le système procédural français aux principes posés par ledit article 5 §4⁵⁶⁵³. S'agissant de la garde à vue, l'exclusion d'examen juridictionnel *a priori* répondant aux exigences conventionnelles ne saurait être suppléée par le simple contrôle du procureur de la République⁵⁶⁵⁴. De plus, la théorie du « contrôle incorporé », qui permet d'écarter l'application du paragraphe 4 de l'article 5 dès lors que la privation de liberté a été décidée par une autorité judiciaire, ne saurait être retenue. La décision de placement en garde à vue (ou celle de retenue judiciaire) est adoptée par la police judiciaire (ou l'administration des douanes pour ladite retenue), soit un organe non judiciaire⁵⁶⁵⁵. A côté de ces cas généraux de suppression des recours contre l'acte coercitif, subsistent des hypothèses plus spécifiques.

not. p. 229. V. aussi, G. LEVASSEUR, De quelques singularités (...), *op. cit.*, spéc. n°8, p. 219 ; V. CHAPELLE-BOUCHARD, *op. cit.*, n°30, p. 18 et n°169, p. 124 et 127.

⁵⁶⁴⁹ Sur ce point, E. ZOLLER, Procès équitable (...), *op. cit.*, p. 521, notant qu'il y a « un point sur lequel la procédure *due* dans le *due process* est toujours restée distincte de la nôtre. C'est le moment auquel elle doit prendre place. Les Américains n'ont jamais abandonné l'idée que cette procédure devait intervenir avant la mesure attentatoire aux droits, du moins s'il s'agit d'une décision individuelle ».

⁵⁶⁵⁰ Comp. avec les perquisitions et saisies pratiquées dans les locaux d'une entreprise de presse ou au domicile d'un journaliste. Dans ses observations sur CEDH (Gr. ch.), 14 sept. 2010, *Sanoma Uitgevers B.V. / Pays-Bas*, n°38224/03, Dr. pénal, 2011, chron. préc. n°3, spéc. n°34, le professeur DREYER conclut que « cette décision illustre l'approfondissement des exigences de la Cour en la matière. Pour rendre effectif le droit au secret des sources, elle impose désormais aux Etats de prévoir des garanties particulières au regard desquelles la législation française n'apparaît pas totalement satisfaisante. Là aussi, le contrôle prévu *a posteriori* (art. 56-2 du C.P.P.) ne semble pas suffisant ».

⁵⁶⁵¹ Rapp., R. KOERING-JOULIN, Article 5 §4, *op. cit.*, p. 233 et La chambre criminelle et les droits (...), *op. cit.*, p. 223.

⁵⁶⁵² P. CONTE, note préc. sous Cass. crim., 4 janv. 2005, J.C.P., 2005, II, 10176.

⁵⁶⁵³ V. Cass. crim., 7 nov. 2000, Bull. crim., n°329 ; Rapport de la Cour de cassation 2000, La documentation française, 2001, p. 516 et 517. Cet arrêt permet à la personne placée sous écrou extraditionnel à l'étranger de contester la validité du mandat d'arrêt délivré par un juge d'instruction français, et d'en faire ainsi contrôler la légalité par la chambre de l'instruction, conformément aux dispositions de l'article 5 §4.

⁵⁶⁵⁴ Faut-il rappeler que selon le juge européen, le magistrat du parquet français n'est ni un juge ni cet « autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » au sens de l'article 5 §3 ? V. déjà la proposition intéressante formulée par R. MERLE, *op. cit.*, p. 160 : « Sans imiter la procédure anglo-saxonne, il suffirait peut-être de donner compétence à un juge qui ne collabore pas quotidiennement avec la police, par exemple en France, au président du tribunal de grande instance, et qui statuerait en référé sur simple requête d'un membre de la famille de la personne intéressée ». Il est aujourd'hui possible de songer au juge des libertés et de la détention.

⁵⁶⁵⁵ S. DETRAZ, La retenue douanière (...), *op. cit.*, n°26. L'auteur réserve en note, à juste titre, le cas du mandat de recherche, qui est l'ordre donné par le procureur de la République ou le juge d'instruction à l'O.P.J. de placer la personne recherchée en garde à vue (art. 70, 77-4 et 122 du C.P.P.).

2°- Les cas spéciaux d'exclusion du recours

1182. Il est frappant de constater que des actes coercitifs apparaissent insusceptibles de recours. Le législateur ou la jurisprudence a écarté le droit de les contester, ce qui peut sembler choquant, du moins discutable compte tenu du grief qu'ils occasionnent. En enquête préliminaire, l'article 76, alinéa 4, du C.P.P. permet au juge des libertés et de la détention d'ordonner, à la requête du parquet, par une décision écrite et motivée, et à condition que les nécessités de l'enquête relatives à un crime ou à un délit puni d'une peine de cinq ans d'emprisonnement ou plus l'exigent (ou encore si la recherche de biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du Code pénal le justifie), que les opérations de perquisitions et saisies seront effectuées sans l'assentiment de la personne chez qui elles doivent avoir lieu. L'autorisation judiciaire précise, sous peine de nullité, la qualification de l'infraction dont la preuve est recherchée, ainsi que l'adresse des lieux dans lesquels ces opérations peuvent être menées. La décision du juge doit de surcroît être motivée par référence aux éléments de fait et de droit justifiant que ces opérations sont nécessaires. De telles dispositions se montrent éclairantes. A aucun moment, elles n'indiquent que la délivrance de l'autorisation par le juge des libertés et de la détention peut être contestée. Aucun recours n'est prévu afin de contester l'opportunité de cette autorisation. Il est vrai que l'effet de surprise doit être ménagé⁵⁶⁵⁶. Seul un recours ultérieur en légalité devant la chambre de l'instruction ou le tribunal correctionnel reste ouvert. Mais cela suppose que des poursuites soient engagées. Dans le cas contraire, la personne subissant la perquisition et les saisies ne dispose d'aucun moyen pour critiquer ces actes coercitifs.

1183. Un autre exemple, tiré du droit positif, peut être recensé. Constitutive d'un acte coercitif, l'incarcération provisoire prive le justiciable du droit d'exercer un recours à son encontre. En vertu de l'article 145, alinéa 7, du C.P.P., le juge des libertés et de la détention ne peut ordonner immédiatement le placement en détention provisoire du mis en examen si celui-ci, ou son avocat, sollicite un délai pour préparer sa défense. L'alinéa suivant de ce texte autorise alors ce juge à prescrire l'incarcération de la personne pour une durée déterminée et de quatre jours ouvrables au maximum, au moyen d'une ordonnance motivée et « non susceptible d'appel ». A cet égard, il a été jugé que cette voie de recours demeure irrecevable contre l'ordonnance d'incarcération provisoire⁵⁶⁵⁷. Quant au neuvième alinéa de l'article 145 du C.P.P., il prévoit qu'afin de permettre au juge d'instruction d'effectuer des vérifications relatives à la situation personnelle du mis en examen ou aux faits qui lui sont reprochés, lorsque ces vérifications sont de nature à permettre le placement de l'intéressé sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence avec surveillance électronique, le

⁵⁶⁵⁶ Lorsqu'une autorisation judiciaire est délivrée en vue de pratiquer des perquisitions et saisies, que ce soit en enquête préliminaire ou dans d'autres cadres juridiques, elle n'a évidemment pas à l'être après la tenue d'un débat contradictoire auquel participeraient le parquet et la personne chez qui les opérations doivent se dérouler. V. par ex., Cass. crim., 17 nov. 2004, Inédit, n°04-80005 (perquisition fiscale).

⁵⁶⁵⁷ Cass. crim., 19 janv. 1987, Bull. crim., n°24.

juge des libertés et de la détention peut décider d'office de prescrire par ordonnance motivée l'incarcération provisoire du mis en examen pendant une durée définie, qui ne saurait excéder quatre jours ouvrables jusqu'à la tenue du débat contradictoire. Le législateur a alors aménagé un recours. La décision peut faire l'objet d'un référé-liberté.

1184. Cette différence de régime entre les deux ordonnances d'incarcération provisoire repose sans doute sur l'explication suivante : dans la première hypothèse susvisée, l'incarcération vient en quelque sorte compenser le droit octroyé au mis en examen de bénéficier d'un délai pour préparer sa défense. En effet, celui-ci pourrait détourner ce droit, le risque de manœuvres dilatoires se faisant jour. Il pourrait en profiter pour prendre la fuite. C'est pourquoi le législateur a accordé au juge la faculté de le priver de liberté le temps qu'il prépare sa défense. Dans la seconde hypothèse, l'incarcération provisoire n'apparaît pas comme la contrepartie d'un droit réclamé et, en l'occurrence, offert à la personne mise en examen. Le juge des libertés et de la détention décide *proprio motu* de l'incarcération provisoire. Le justiciable doit donc disposer, en logique, d'un recours pour contester sa décision. Il n'empêche que l'article 145, alinéa 8, du C.P.P. prévoit un acte coercitif insusceptible de recours⁵⁶⁵⁸. La fermeture des recours dont les actes coercitifs sont susceptibles de faire l'objet correspond à une sorte de « caporalisation » de la procédure pénale⁵⁶⁵⁹. Elle ne constitue pas la seule lacune du droit positif. Lorsqu'il est ouvert, le recours ne semble pas toujours effectif. Si son effectivité se trouve amoindrie, il ne donne lieu qu'à un contrôle sommaire de l'acte coercitif.

B – Un contrôle sommaire

1185. Il convient d'emblée de dissiper tout malentendu. Il n'est pas question de soutenir que dès l'instant où un recours est attribué à la personne qui supporte la mesure coercitive – il doit lui être octroyé de manière systématique en principe –, celui-ci génère un examen sommaire. Le recours peut être l'occasion d'exercer un contrôle sérieux et approfondi, effectif, sur l'acte coercitif. Malheureusement, force est de constater que l'effectivité du contrôle ainsi réalisé se trouve souvent diminuée. En d'autres termes, le recours engendre, de façon trop fréquente, un examen timide ou superficiel de l'acte coercitif, un examen insuffisamment effectif. Une solution existe en vue de remédier à cette situation contestable : développer le contrôle de nécessité et de proportionnalité des

⁵⁶⁵⁸ Aussi, l'impossibilité de relever appel de cette décision laisse perplexe. Dans le même sens : J. LARGUIER, Remarques sur l'évolution d'une voie de recours (...), *op. cit.*, p. 307 : « Contre certaines décisions défavorables à l'inculpé, en tout cas, on peut à première vue s'étonner de voir que l'appel est interdit ».

⁵⁶⁵⁹ En dehors de cette matière, V. Cass. crim., 26 mai 2010, Bull. crim., n°90 ; V. GEORGET, Un an d'instruction préparatoire, *Dr. pénal*, 2011, chron. préc., spéc. n°28, à propos de l'ancien article L. 2336-4 du Code de la défense, aujourd'hui abrogé. Selon ce texte, le juge des libertés et de la détention rendait une ordonnance autorisant la saisie des armes ou munitions détenues par une personne dont le comportement ou l'état de santé présentait un danger grave pour elle-même ou pour autrui. Le recours contre l'ordonnance de ce magistrat n'était pas recevable devant la chambre de l'instruction. La procédure est aujourd'hui prévue par les articles L. 312-7 et suivants du Code de la sécurité intérieure, mais c'est le préfet qui s'avère compétent.

actes coercitifs. Ce dernier n'occupe pas encore une place assez importante au sein du système français. Il semble pourtant fondamental, dans la mesure où il constitue en quelque sorte le baromètre de l'effectivité du recours⁵⁶⁶⁰.

1186. Dans ces conditions, il apparaît souhaitable de consacrer « un approfondissement du contrôle juridictionnel de la légalité des procédures pénales, allant jusqu'à l'examen de la proportionnalité, voire de l'opportunité des actes de police, de poursuite et d'instruction, à l'instar du contrôle qu'exerce le juge administratif sur les actes de l'administration »⁵⁶⁶¹. En effet, « les juges du siège ne devraient-ils pas apprécier la nécessité des mesures coercitives employées par les services de police, en fonction des circonstances factuelles de chaque affaire »⁵⁶⁶² ? Ce renforcement du contrôle des actes coercitifs accomplis ne concerne pas les seuls O.P.J. Il incombe également à la chambre de l'instruction de vérifier l'opportunité des actes exécutés par le magistrat instructeur pour une meilleure découverte de la vérité. En théorie, l'appréciation de leur nécessité appartient exclusivement au juge d'instruction. Voilà pourquoi il s'avère indispensable que la juridiction d'instruction du second degré renforce son examen à ce sujet⁵⁶⁶³.

1187. Loin d'intéresser uniquement les actes coercitifs qui procèdent aux investigations, telles les perquisitions et saisies ou les interceptions de conversations téléphoniques, l'intensification de ce type de contrôle doit s'étendre aux actes juridictionnels, à l'image du contrôle judiciaire ou de la détention provisoire. Une évolution positive semble se dessiner dans ce domaine. Les chambres de l'instruction paraissent plus vigilantes que par le passé. Saisies par la voie de l'appel, il leur revient de se livrer à une véritable appréciation de la nécessité et de la proportionnalité de ces actes coercitifs, sous le contrôle de la chambre criminelle. A défaut, l'examen juridictionnel n'est qu'apparence, il s'avère illusoire. Ceci a déjà été fort bien dénoncé. Un auteur a indiqué qu'« on aboutit en notre matière à un constat d'échec ou de semi-échec, à une fuite des responsabilités en cascade : la Cour suprême affirme le pouvoir souverain de la chambre d'accusation, qui reconnaît à son tour les droits discrétionnaires du magistrat instructeur, qui est à l'abri de toute injonction soit des juges d'appel soit du ministère public. La pyramide des voies de recours laborieusement organisée par le Code de procédure pénale se disloque. Ceci est de nature à faire douter de la réalité d'un véritable contrôle juridictionnel et même de la possibilité d'un tel contrôle »⁵⁶⁶⁴. Le mandat d'arrêt européen a, de même, suscité des interrogations quant à l'étendue du contrôle pratiqué par le juge judiciaire. Qu'il s'agisse des conditions de fond de cet acte ou de la détention susceptible d'être décidée dans le cadre de son

⁵⁶⁶⁰ Un recours présente-t-il un caractère effectif s'il ne donne lieu qu'à un contrôle sommaire, superficiel ? Ne constitue-t-il pas plutôt, dans ce cas, un recours illusoire ?

⁵⁶⁶¹ F. SAINT-PIERRE, *Le véritable enjeu des contrôles juridictionnels (...)*, *op. cit.*, p. 182.

⁵⁶⁶² *Ibid.*

⁵⁶⁶³ V. déjà, en ce sens : F. BOULAN, *La réforme de l'instruction*, Mélanges A. VITU, Cujas, 1989, p. 51 et s., not. p. 54.

⁵⁶⁶⁴ M. LAROCQUE, *Le contrôle juridictionnel (...)*, *op. cit.*, p. 137.

exécution, le contrôle a pu paraître, respectivement, « très léger »⁵⁶⁶⁵ et « perfectible »⁵⁶⁶⁶. L'efficacité semble parfois primer⁵⁶⁶⁷. Des progrès peuvent, par conséquent, être réalisés.

1188. Accroître le contrôle de nécessité et de proportionnalité des actes coercitifs, lors de l'exercice des recours, n'est pas le seul moyen de garantir un recours réel et non simplement formel. Dans l'optique de sauvegarder les libertés individuelles, un véritable examen de leur régularité demeure essentiel⁵⁶⁶⁸. Le contentieux de l'annulation de ces actes doit dès lors être amélioré. Bien entendu, des avancées ont été réalisées. Il suffit de songer aux nullités entachant la garde à vue, en particulier au développement de la théorie du grief nécessaire ou intrinsèque. Il faut éviter que les chambres de l'instruction se présentent comme de simples « organes de validation des actes attaqués devant elles dans des conditions qui ne paraissent pas satisfaire aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et au droit au juge qu'elle proclame »⁵⁶⁶⁹. L'étude doit surtout s'attacher à la question des nullités à présent. Elle montre, mieux que toute autre, l'hostilité qui continue à se manifester à l'égard du recours exercé contre l'acte coercitif.

§2 – Le régime défavorable du recours

1189. Instaurer une contestation systématique de l'acte coercitif, sauf dans quelques cas particuliers discutables, se révèle heureux, sous réserve que le recours formé ne soit pas vain ou illusoire. Or, le droit positif use de divers moyens pour le paralyser, tout au moins le contenir au plus haut point. Car il est frappant que l'encadrement rigoureux de ses conditions (A), se double d'une limitation considérable de ses effets (B).

A – Un encadrement rigoureux de ses conditions

1190. Afin de restreindre au maximum la recevabilité ou l'efficacité du recours engagé contre l'acte coercitif, le droit français s'appuie sur deux techniques distinctes. D'une part, il est procédé à une interprétation orientée des textes (1°). D'autre part, le recours se trouve enfermé dans des délais stricts (2°).

⁵⁶⁶⁵ V. P. BEAUVAIS, L'apport du mandat d'arrêt européen (...), *op. cit.*, n°20 à 22, l'expliquant par « l'esprit de confiance mutuelle qui doit régir la procédure du mandat d'arrêt européen ».

⁵⁶⁶⁶ V. B. DE LAMY, La confiance mutuelle comme fondement du mandat d'arrêt européen (...), *op. cit.*, p. 571.

⁵⁶⁶⁷ V. par ex., Cass. crim., 8 août 2007 (2 espèces) et Cass. crim., 26 sept. 2007, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 541, obs. J. LELIEUR. Ces décisions apparaissent néanmoins peu contestables. Rapp., en matière d'extradition, Cass. crim., 24 oct. 2007, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 42, obs. S. L. ; Cass. crim., 12 mai 2010, D., 2010, act., p. 1562. Ces décisions privilégient l'efficacité sans aucun doute.

⁵⁶⁶⁸ V. F. BOULAN, *op. cit.*, p. 56.

⁵⁶⁶⁹ C. DEBBASCH, Le contrôle de légalité des actes de police judiciaire par le juge judiciaire, in Gouverner, administrer, juger, *Liber amicorum* J. WALINE, Dalloz, 2002, p. 505 et s., spéc. p. 507. Selon cet auteur, la chambre de l'instruction est « un organe de contrôle corporatif », qui valide « la plupart du temps – dans une proportion qui se rapproche des 90 % – les actes attaqués devant elle ».

1° - L'interprétation orientée des textes

1191. Réalisant les investigations, les actes coercitifs probatoires⁵⁶⁷⁰ sont susceptibles de requêtes en nullité. Pour obtenir l'annulation d'un de ces actes, le justiciable doit prouver un grief en présence d'une nullité d'ordre privé. Il n'en va autrement que s'il s'agit d'une nullité d'ordre public ou assimilée à l'ordre public. Les articles 171 et 802 du C.P.P. rappellent cette exigence. Compte tenu de l'interprétation qu'opère la jurisprudence de ces textes, subsiste une véritable paralysie du prononcé de la nullité des actes coercitifs. Le préjudice invoqué doit être réel et sérieux et non pas hypothétique ou éventuel. Il doit en plus revêtir un aspect effectif ne résultant pas *ipso facto* de la violation des règles procédurales⁵⁶⁷¹. Il revient donc au demandeur à l'annulation de rapporter la preuve de l'existence d'un grief. Et le grief demeurant apprécié *in concreto*, selon les circonstances de chaque espèce, il n'est pas certain que la nullité encourue soit prononcée. C'est au juge d'apprécier finalement la certitude du préjudice⁵⁶⁷². L'appréciation de la chambre de l'instruction sur l'atteinte éventuelle portée aux intérêts de la personne peut être contrôlée par la Cour de cassation⁵⁶⁷³. Celle-ci agit, à cette occasion, comme un juge du fait en vérifiant si lesdits intérêts ont été entamés ou non⁵⁶⁷⁴. En somme, « l'appréciation *in concreto*, l'exigence de la preuve d'un préjudice important, une conception restrictive du grief s'inscrivent dans le cadre d'une politique de sécurité des procédures. Par ce biais, la chambre criminelle en sauve beaucoup et permet la violation en toute impunité de règles de procédure prévues par la loi »⁵⁶⁷⁵.

1192. Bien que frappé d'irrégularité, l'acte coercitif n'est pas nécessairement annulé sous ce regard. Il incombe au justiciable – pour ne prendre que cette hypothèse classique – de démontrer en quoi la méconnaissance des prescriptions légales lui a causé un grief sérieux. Il est choquant qu'il doive apporter la preuve d'un préjudice alors qu'il subit déjà un grief du fait de l'exécution de l'acte à son encontre. Un grief supplémentaire vient s'ajouter au premier. Non seulement ses libertés individuelles sont entamées de manière irrégulière, mais il doit de surcroît prouver qu'il souffre un préjudice... Une telle conception laisse songeur sur le peu d'intérêt accordé par le système juridique à la protection des libertés et au respect des normes édictées par le législateur. Requise par la loi, l'exigence du grief comme condition d'annulation des actes coercitifs « métamorphose la nature même de la notion de

⁵⁶⁷⁰ Comme les contrôles d'identité, les perquisitions et saisies, les fouilles de véhicules, la sonorisation, etc.

⁵⁶⁷¹ G. CLEMENT, Regards sur les nullités (...), *op. cit.*, p. 119 et 120.

⁵⁶⁷² G. CLEMENT, *op. cit.*, p. 120.

⁵⁶⁷³ A cet égard, G. CLEMENT, *op. cit.*, p. 120, précisant que « l'application de l'article 802 du Code de procédure pénale nécessite, de la part du magistrat de la chambre de l'instruction, de décrire et d'analyser concrètement la substance et la portée des éléments de preuve obtenus à l'aide de l'acte irrégulier afin de vérifier l'exigence du grief : ce qui conduit à examiner les circonstances de fait concomitantes ou postérieures à l'irrégularité afin de déduire s'il y a ou pas atteinte aux intérêts de la personne ».

⁵⁶⁷⁴ G. CLEMENT, *op. cit.*, p. 121.

⁵⁶⁷⁵ *Ibid.*

légalité. De sacramentelles, les formalités de la procédure pénale sont devenues fonctionnelles »⁵⁶⁷⁶. Ce phénomène « d'érosion jurisprudentielle des nullités de procédure et surtout de leurs conséquences », qui se produit depuis plusieurs années, se montre encore plus inquiétant lorsqu'il affecte les actes coercitifs⁵⁶⁷⁷.

1193. La coercition irrégulière porte à la fois atteinte aux libertés individuelles du justiciable et à ses droits fondamentaux, notamment aux droits de la défense. Si la violation des règles légales commise par les autorités répressives n'est pas sanctionnée d'une nullité d'ordre public, elle risque de n'avoir aucune conséquence sur la validité de la procédure⁵⁶⁷⁸. Les critiques émises au sujet de l'article 802 du C.P.P. se comprennent alors d'autant mieux. Dénonçant ce système à juste titre, certains auteurs écrivent : « des arrêts qu'a rendus la chambre criminelle se dégage, très forte, l'impression d'une déroutante absence de tout critère précis pour distinguer l'une de l'autre les deux sortes de nullités. (...) On ne saurait se satisfaire de la ligne de conduite adoptée par la Cour de cassation. Vague et malléable à volonté, la notion d'ordre public méconnaît les exigences du principe de légalité procédurale ; de surcroît, elle aggrave la tendance, déjà perceptible avec les nullités substantielles, à ériger la chambre criminelle en juge du fait (ou, si l'on veut, en troisième degré de juridiction). Ne serait-il pas préférable de supprimer l'article 802, générateur d'inadmissibles incertitudes dans une matière où la protection des libertés individuelles ne souffre pas le flou »⁵⁶⁷⁹ ?

1194. Une interprétation orientée des textes par la Cour de cassation peut encore être discernée à propos d'un acte coercitif particulier, la fermeture d'établissement ordonnée par le juge d'instruction en cas de poursuites du chef de trafic de stupéfiants ou de proxénétisme. L'arrêt rendu le 22 juin 2004 en atteste⁵⁶⁸⁰. Dans cette espèce, le magistrat instructeur a décidé de la fermeture d'un commerce de restauration exploité par le mis en examen lors d'une information suivie contre lui pour blanchiment. Aucun recours n'a été exercé contre cette décision. Par la suite, le mis en examen saisit directement la chambre de l'instruction d'une demande tendant à obtenir la mainlevée de la mesure, faute pour le juge d'instruction d'avoir statué sur une telle demande alors qu'elle lui a été présentée au préalable. La chambre de l'instruction déclare le recours recevable. Selon elle, le magistrat instructeur n'ayant pas répondu à la demande déposée devant lui, le requérant ne peut se voir opposer les dispositions de l'article 706-33 du C.P.P. fixant à 24 heures le délai pour saisir la chambre de l'instruction. L'arrêt est cassé au visa de ce texte. Pour la chambre criminelle, la loi ne prévoit pas que la chambre de

⁵⁶⁷⁶ F. SAINT-PIERRE, *Le véritable enjeu des contrôles juridictionnels (...)*, *op. cit.*, p. 180.

⁵⁶⁷⁷ *Ibid.*

⁵⁶⁷⁸ V. à cet égard, C. DI MARINO, *Investigations policières (...)*, *op. cit.*, p. 259, soulignant, à propos des violations de dispositions touchant à la vie privée, qu'il s'agit « majoritairement sinon totalement de violations entraînant des nullités d'ordre privé. Le prononcé de la sanction est à la merci du magistrat, et les recueils de jurisprudence montrent qu'il est bien rare pour ne pas dire exceptionnel de voir prononcer une nullité en matière d'atteintes à la vie privée ».

⁵⁶⁷⁹ R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, n°583.

⁵⁶⁸⁰ Cass. crim., 22 juin 2004, Bull. crim., n°162.

l'instruction puisse être directement saisie d'un recours, lorsque le juge d'instruction n'a pas statué sur une telle demande. Elle considère qu'il résulte de cet article 706-33 « qu'en cas de poursuites pour l'une des infractions visées à l'article 706-26 du C.P.P., la chambre de l'instruction ne peut être saisie d'un recours que contre la décision du juge d'instruction ordonnant fermeture, à titre provisoire, d'un établissement, ou statuant sur une demande de mainlevée de cette mesure ».

1195. Pareille solution se révèle contestable, car l'inertie du magistrat instructeur ne fait l'objet d'aucune sanction dans ce cas. Il faut attendre qu'il statue sur la demande de mainlevée de cet acte coercitif pour pouvoir attaquer son refus éventuel de réouverture de l'établissement. Pourtant, certaines juridictions du fond ont parfois adopté une position différente. Il convient de relire le professeur LARGUIER pour s'en convaincre⁵⁶⁸¹. Cet auteur fait référence à un arrêt rendu par la cour d'appel d'Aix le 21 avril 1976, qui a estimé « au profit de l'inculpé, et à propos du cas du juge d'instruction qui n'avait pas répondu aux requêtes de l'inculpé tendant à la réouverture de l'établissement, qu'il fallait permettre à cet inculpé de saisir directement la chambre d'accusation, comme s'il s'agissait d'un défaut de réponse à une demande de mainlevée du contrôle judiciaire ». Il estime que cette « solution pour le moins audacieuse, et dont le motif profond, consistant à considérer comme “inacceptable” que l'inculpé ne dispose d'aucune voie de recours contre une abstention du juge d'instruction, n'aurait pas, à l'époque du moins, convaincu la chambre criminelle ». Ce motif ne la convainc pas davantage aujourd'hui... Ceci s'avère regrettable, l'inertie du juge est toujours critiquable, voire « inadmissible », dans une matière qui concerne les libertés des justiciables. En refusant au mis en examen le droit de saisir directement la chambre de l'instruction en l'absence de décision du magistrat instructeur, saisi d'une demande de mainlevée de fermeture d'établissement, la chambre criminelle a interprété de façon restrictive le Code de procédure pénale et a perdu l'occasion d'ouvrir un recours utile à la sauvegarde des libertés individuelles. Il existe un autre moyen pour tenter de faire échec au recours contre l'acte coercitif.

2°- L'enfermement dans des délais stricts

1196. Une des façons de limiter les recours susceptibles d'être engagés contre les actes coercitifs consiste à les ouvrir pendant une période déterminée, en général de courte durée. Le législateur a œuvré en ce sens depuis plusieurs années dans le but de contenir le prononcé des nullités⁵⁶⁸². Il a pu ajouter cet obstacle en conformité avec les principes dégagés par le juge de Strasbourg. D'après celui-ci, « la réglementation relative aux formalités et aux délais à observer pour former un recours vise à assurer la bonne administration de la justice et le respect, en particulier, du principe de la sécurité

⁵⁶⁸¹ V. J. LARGUIER, Remarques sur l'évolution d'une voie de recours (...), *op. cit.*, p. 321.

⁵⁶⁸² V. aussi, sur ce constat, C. DI MARINO, *op. cit.*, p. 259.

juridique. Les intéressés doivent s'attendre à ce que ces règles soient appliquées »⁵⁶⁸³. Au sein du Code de procédure pénale, certaines dispositions enserrent les délais dans d'étroites limites. Aux termes de l'article 173-1 du C.P.P., « sous peine d'irrecevabilité, la personne mise en examen doit faire état des moyens pris de la nullité des actes accomplis avant son interrogatoire de première comparution ou de cet interrogatoire lui-même dans un délai de six mois à compter de la notification de sa mise en examen, sauf dans le cas où elle n'aurait pu les connaître. Il en est de même s'agissant des moyens pris de la nullité des actes accomplis avant chacun de ses interrogatoires ultérieurs »⁵⁶⁸⁴.

1197. Il est procédé à une application stricte de ce texte. Des moyens pris de la nullité de la procédure, non soulevés dans le délai requis devant la chambre de l'instruction, ne sauraient être invoqués devant la Cour de cassation⁵⁶⁸⁵. Ces délais d'action assez brefs tendent à éviter des manœuvres dilatoires de la part du mis en examen. Il pourrait attendre la fin de l'information pour soulever une nullité et faire tomber l'ensemble de la procédure menée. Mais les règles de forclusion des requêtes en annulation ont concentré les débats de procédure en début d'instruction, ce qui engendre une érosion des nullités de procédure. Il a été mis en exergue que « l'examen des demandes de nullité en tout début d'information judiciaire, alors que les faits n'ont pas encore été instruits, ne peut qu'inciter les chambres de l'instruction à la plus grande prudence, car une annulation à ce moment-là présente le risque important d'occulter les preuves d'un crime ou d'un délit que le juge d'instruction aurait pu mettre à jour ultérieurement. La situation est bien différente en fin de procédure, car les juges peuvent alors statuer en toute connaissance de cause, et non plus dans l'incertitude et l'inquiétude. (...) Les délais de forclusion des requêtes en nullité étouffent les débats de procédure, alors que les discussions juridiques méritent l'ampleur d'une audience approfondie »⁵⁶⁸⁶.

1198. Il résulte de surcroît de l'article 175 du C.P.P. que le magistrat instructeur communique le dossier au procureur de la République et en avise en même temps les parties et leurs avocats soit de manière verbale avec émargement au dossier, soit par lettre recommandée, aussitôt que l'instruction lui paraît achevée. Les parties disposent d'un délai d'un mois si le mis en examen est placé en détention provisoire ou de trois mois à partir de l'envoi de l'avis de fin d'information par le juge d'instruction pour formuler des requêtes en nullité sur le fondement de l'article 173, alinéa 3, du

⁵⁶⁸³ CEDH, 11 juin 2009, *Laudette / France*, n°19/05, §31.

⁵⁶⁸⁴ L'alinéa 2 de ce texte précise qu'« il en est de même pour le témoin assisté à compter de sa première audition puis de ses auditions ultérieures ». Ce justiciable a également pu supporter des actes coercitifs avant d'acquiescer le statut de témoin assisté : garde à vue, perquisitions et saisies, etc. Une question prioritaire de constitutionnalité a été soulevée à propos de ce texte, mais la Cour de cassation a refusé sa transmission au juge constitutionnel, le délai imparti au mis en examen étant justifié par l'objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice. De plus, la chambre de l'instruction peut relever d'office tout moyen de nullité à l'occasion de l'examen de la régularité des procédures qui lui sont soumises et le mis en examen a toujours la faculté de discuter la valeur probante des pièces de la procédure devant la juridiction de jugement : Cass. crim., 20 juill. 2011, Bull. crim., n°163.

⁵⁶⁸⁵ Cass. crim., 7 fév. 2007, Bull. crim., n°35 ; A.J. pénal, 2007, jurispr., p. 189, obs. M.-E. C. ; Cass. crim., 14 fév. 2012, Bull. crim., n°42, préc. (le respect de l'article 6 est assuré par le fait que le demandeur conserve la faculté de discuter la valeur probante de ses auditions en garde à vue devant la juridiction de jugement).

⁵⁶⁸⁶ F. SAINT-PIERRE, *op. cit.*, p. 184.

C.P.P. A l'issue de ce délai, elles ne sont plus recevables à présenter de telles requêtes : la forclusion s'opère⁵⁶⁸⁷. Il s'agissait du fameux délai de vingt jours sous l'empire de la loi du 24 août 1993. La loi du 5 septembre 2007, qui a réécrit cet article 175, a donc allongé quelque peu ce délai. Mais une fois celui-ci révolu, l'annulation d'un acte coercitif irrégulier ne peut plus être recherchée. L'ordonnance de renvoi ou de mise en accusation purge les nullités de la procédure préalable⁵⁶⁸⁸. L'article 385, alinéa 1, du C.P.P. le rappelle en matière correctionnelle. Il subsiste toutefois une exception. Si l'avis de fin d'information n'a pas été régulièrement notifié et que la personne mise en examen n'a pu présenter une requête en nullité dans le cadre de l'article 175 du C.P.P., l'article 385, alinéa 3, de ce Code énonce que le tribunal correctionnel peut connaître des nullités de la procédure antérieure.

1199. Par ailleurs, la procédure du mandat d'arrêt européen demeure placée sous le sceau de la célérité. C'est la raison pour laquelle les recours formés contre les décisions prises pour son exécution s'avèrent enserrés dans des délais très courts⁵⁶⁸⁹. Le pourvoi en cassation, uniquement recevable si la personne recherchée n'a pas consenti à sa remise⁵⁶⁹⁰, doit être formé dans le délai de trois jours francs à compter du prononcé de l'arrêt de la chambre de l'instruction ou de sa notification. Le dossier de la procédure doit être transmis dans les quarante-huit heures de la déclaration de pourvoi et il incombe au demandeur, ou à son avocat, de déposer son mémoire exposant ses moyens de cassation dans le délai de cinq jours à compter de la réception du dossier à la Cour de cassation, sous peine de déchéance en application de l'article 574-2 du C.P.P.⁵⁶⁹¹. Afin de ne pas retarder la procédure, il appartient en outre à la personne saisie de faire valoir devant la chambre de l'instruction toutes les irrégularités éventuellement commises entre le moment de son arrestation et sa présentation devant cette juridiction, investie de la fonction de consentir ou non à la remise⁵⁶⁹². Dès lors que le grief tiré de l'article 695-27 du C.P.P., pris d'une présentation au-delà du délai de quarante-huit heures au procureur général compétent, n'a pas été allégué devant la chambre de l'instruction, il apparaît irrecevable s'il est soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation⁵⁶⁹³. Une solution identique prévaut si le grief invoqué concerne l'absence de notification immédiate de ses droits à la

⁵⁶⁸⁷ Art. 175, al. 4 du C.P.P. Dans ce même délai, les parties sont en outre admises à formuler des demandes sur le fondement des articles 81, al. 9, 82-1 et 156, al. 1 du C.P.P. Sur l'articulation entre les articles 173-1 et 175 du C.P.P. s'agissant de la recevabilité des demandes d'annulation : Cass. crim., 6 nov. 2013, Bull. crim., n°218. Il convient d'approuver un arrêt récent qui a annulé l'ordonnance d'un président de chambre de l'instruction ayant déclaré irrecevable comme tardive une requête aux fins d'annulation de la procédure, présentée certes plus d'un mois après l'envoi de l'avis de fin d'information, mais dans le délai de trois mois et alors que le mis en examen n'était pas détenu dans l'information en cause : Cass. crim., 17 juin 2014, n°14-81584, E.C.P.B. ; D., 2014, p. 1329.

⁵⁶⁸⁸ Il en va de même lorsque le renvoi ou la mise en accusation est décidé par la chambre de l'instruction (art. 215, al. 2 du C.P.P. renvoyant à l'article 181 du C.P.P. ; art. 595 du C.P.P.).

⁵⁶⁸⁹ V. D.-N. COMMARET, Le mandat d'arrêt européen, Rev. sc. crim., 2005, chron., p. 326 et s., spéc. p. 331.

⁵⁶⁹⁰ Comp., art. 695-31, al. 3 et 4 du C.P.P., suivant que la personne recherchée donne son consentement à la remise ou non.

⁵⁶⁹¹ Cass. crim., 22 juill. 2004, Bull. crim., n°184.

⁵⁶⁹² D.-N. COMMARET, *op. et loc. cit.*

⁵⁶⁹³ Cass. crim., 19 août 2004, Bull. crim., n°189.

personne appréhendée⁵⁶⁹⁴. Il existe un procédé pour paralyser la portée du recours introduit contre l'acte coercitif : cantonner au maximum ses effets.

B – Une limitation considérable de ses effets

1200. Indépendamment du mode de contestation de l'acte coercitif, ses effets semblent sans cesse canalisés. Cela se révèle tangible pour les recours principaux exercés à l'encontre de cet acte. Que le recours emprunte la forme d'une requête en nullité ou celle d'un appel, des règles viennent aussitôt l'encadrer afin d'en réduire les effets. Cette limitation intéresse aussi bien l'étendue de l'annulation (1°) que les effets de l'appel (2°).

1°- La limitation de l'étendue de l'annulation

1201. La question de l'étendue de la nullité prononcée paraît essentielle en ce qui concerne les actes coercitifs. Très souvent, ceux-ci ne sont pas accomplis de manière isolée. Exécutés les uns après les autres, ils s'enchaînent ; exécutés en même temps, ils se superposent. Une interpellation peut être suivie d'une fouille corporelle puis d'une garde à vue. Le mis en examen ou le prévenu peut faire l'objet d'une mesure de contrôle judiciaire ou de détention provisoire. Des interceptions téléphoniques peuvent être réalisées ainsi que des perquisitions et saisies. Si l'un de ces différents actes coercitifs se voit frappé de nullité, cette sanction s'étend-t-elle aux actes antérieurs, concomitants ou postérieurs ? L'enjeu se révèle capital pour la personne poursuivie. L'annulation de sa mise en examen entraîne, par exemple, la cessation de son contrôle judiciaire ou sa mise en liberté si elle a été placée en détention⁵⁶⁹⁵. Celle-ci va tenter d'obtenir l'annulation de toute la procédure menée. La nullité peut se borner à une partie seulement de l'acte incriminé ou à l'acte dans son entier. Mais elle peut également frapper l'acte et, « par un effet *domino* », l'ensemble de la procédure subséquente⁵⁶⁹⁶. Un acte coercitif nul conserve généralement des conséquences sur les autres actes diligentés.

1202. Selon les dispositions de l'article 174, alinéa 2, du C.P.P., « la chambre de l'instruction décide si l'annulation doit être limitée à tout ou partie des actes ou pièces de la procédure viciée ou s'étendre à tout ou partie de la procédure ultérieure et procède comme il est dit au troisième alinéa de l'article 206 ». La portée de l'annulation de l'acte coercitif, variable suivant son importance au sein de la

⁵⁶⁹⁴ Cass. crim., 24 nov. 2004, Bull. crim., n°299.

⁵⁶⁹⁵ Il est acquis qu'un acte juridictionnel ne peut pas être attaqué par le biais d'une requête en nullité. Son annulation peut néanmoins être la conséquence directe de l'annulation d'un acte non juridictionnel. La nullité du procès-verbal d'interrogatoire de première comparution affecte nécessairement le mandat de dépôt subséquent, son annulation s'étend à celui-ci : V. Cass. crim., 24 avril 1990, Bull. crim., n°150.

⁵⁶⁹⁶ F. DEFFERRARD, *Le suspect (...), op. cit.*, p. 175.

procédure, relève de l'appréciation des juges du fond⁵⁶⁹⁷. Afin de la déterminer, la jurisprudence recherche le lien de causalité ou le rapport de subséquence entre les actes. La nullité d'un acte coercitif s'étend ainsi à tous les actes dont il forme le support nécessaire, à tous ceux qui, accomplis postérieurement, se trouvent dans sa dépendance. Autrement dit, les actes procédant d'actes coercitifs nuls doivent être annulés⁵⁶⁹⁸. *A contrario*, l'annulation d'un acte coercitif n'a aucun effet sur les actes antérieurs régulièrement accomplis, fussent-ils eux-mêmes coercitifs⁵⁶⁹⁹. Les choses sont beaucoup plus complexes pour les actes concomitants ou postérieurs. Il convient de garder en mémoire que « comme c'est le cas pour le préjudice avec l'article 802, il s'agit d'un domaine laissé à l'appréciation des juges du fond sans qu'aient été dégagées des orientations suffisamment précises pour éviter que l'appréciation ne dégénère en arbitraire »⁵⁷⁰⁰.

1203. Depuis plusieurs années, la jurisprudence tend à restreindre l'étendue de l'annulation, après avoir fait preuve sinon de libéralisme, du moins d'une certaine logique⁵⁷⁰¹. Cette optique restrictive est « animée par une volonté de sauvegarde des procédures, dont la toile de fond est l'intérêt de la société »⁵⁷⁰². Le tournant jurisprudentiel en question débute après la réforme opérée par les lois de 1993⁵⁷⁰³. Il s'accroît avec la dissociation de plus en plus nette entre l'irrégularité de la garde à vue ou de certains procès-verbaux de cette mesure et les actes subséquents, tels que mise en examen, délivrance d'un mandat de justice et placement en détention de l'individu : ces actes reposent sur des bases procédurales distinctes⁵⁷⁰⁴. Une garde à vue ne constitue pas davantage le support nécessaire d'une vérification d'alcoolémie du conducteur d'un véhicule accomplie pendant la garde à vue annulée⁵⁷⁰⁵. La perquisition ou la fouille concomitante à une garde à vue entachée de nullité n'a pas nécessairement, pour le même motif, à être annulée. Ces actes coercitifs auraient pu être exécutés en

⁵⁶⁹⁷ Chambre de l'instruction ou, en l'absence d'ouverture d'une information, tribunal correctionnel. V. Cass. crim., 6 mai 1996, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°161, note J. BUISSON.

⁵⁶⁹⁸ Cass. crim., 4 juin 1969, Bull. crim., n°186 ; Cass. crim., 4 juin 1997, Bull. crim., n°221 : « Attendu que sont nuls, par voie de conséquence, les actes d'instruction qui procèdent d'actes dont l'annulation a été prononcée dans la même procédure ».

⁵⁶⁹⁹ Cass. crim., 30 avril 1996, Bull. crim., n°182 : « Attendu que la nullité d'une garde à vue est sans effet sur les actes relatifs à l'interpellation régulière de la personne concernée » ; Cass. crim., 6 mars 2001, Dr. pénal, 2001, comm. n°80, note A. MARON ; Cass. crim., 4 fév. 2004, Dr. pénal, 2004, comm. n°75, note A. MARON (une procédure de comparution immédiate peut trouver son support dans les actes réguliers antérieurs à la 36^{ème} de garde à vue, l'annulation ne concernant que les actes exécutés à compter de ce moment).

⁵⁷⁰⁰ C. DI MARINO, *op. cit.*, p. 262.

⁵⁷⁰¹ Cass. crim., 4 juin 1969, préc. ; Cass. crim., 13 juill. 1971, Bull. crim., n°230 ; Cass. crim., 15 avril 1991, Bull. crim., n°179 (la nullité des procès-verbaux de transcription de conversations enregistrées au moyen d'écoutes téléphoniques ne s'étend pas aux actes subséquents de la procédure qui ne leur font pas référence) ; Cass. crim., 4 juin 1997, préc.

⁵⁷⁰² G. CLEMENT, *op. cit.*, p. 129 ; C. LARONDE-CLERAC, La pratique jurisprudentielle (...), *op. cit.*, n°24 et 26.

⁵⁷⁰³ V. Cass. crim., 4 oct. 1994, Bull. crim., n°313, préc. (le réquisitoire introductif n'a pas comme support nécessaire la perquisition annulée) ; Cass. crim., 2 déc. 1998, Dr. pénal, 1999, comm. n°136, note A. MARON.

⁵⁷⁰⁴ Cass. crim., 26 mai 1999, Bull. crim., n°106 ; Dr. pénal, chron. n°28 par C. MARSAT. La garde à vue n'est pas « le préalable nécessaire » à ces mesures. Les actes annulés n'étant pas « le support nécessaire » des actes subséquents, la régularité de ceux-ci ne se trouve pas affectée ; Cass. crim., 23 juin 1999, Bull. crim., n°149 ; Procédures, 2000, comm. n°22, note J. BUISSON ; Cass. crim., 26 janv. 2000, Bull. crim., n°46 ; Cass. crim., 28 mars 2000, Bull. crim., n°137 ; Procédures, 2000, comm. n°175, note J. BUISSON.

⁵⁷⁰⁵ Cass. crim., 29 fév. 2000, Bull. crim., n°91 ; Dr. pénal, 2000, comm. n°108 (1^{er} arrêt), note A. MARON ; Procédures, 2000, comm. n°153, note J. BUISSON. Il est à noter que la vérification d'alcoolémie aurait dû être effectuée avant le placement en garde à vue.

dehors de toute garde à vue⁵⁷⁰⁶. Cette solution s'avère très discutable, la perquisition se déroulant au cours de l'exécution de la garde à vue, ordonnée au préalable. Il est dès lors vraisemblable que celle-ci forme le « support nécessaire » de la perquisition⁵⁷⁰⁷. La Cour de cassation a, malgré tout, confirmé sa position. Les conséquences de l'annulation d'une garde à vue semblent bien « se réduire comme peau de chagrin »⁵⁷⁰⁸.

1204. Ainsi la Haute juridiction n'a-t-elle cessé de restreindre l'étendue de l'annulation par une analyse toujours plus stricte du rapport de subséquence entre les différents actes, coercitifs ou non. Il s'agit d'étrangler les effets de la nullité dans le but de sauver les procédures⁵⁷⁰⁹. Il convient de se demander si, dans ces conditions, la requête en annulation conserve un intérêt majeur pour la personne poursuivie⁵⁷¹⁰. La Cour de cassation répète à l'envi que la nullité d'un acte ou d'une pièce de la procédure ne s'étend à la procédure subséquente qu'autant que l'acte irrégulier en a été le support nécessaire⁵⁷¹¹. En insistant fermement sur le caractère « nécessaire » dudit support, elle exige des juges du fond d'être restrictifs quant à l'étendue de l'annulation⁵⁷¹². Dans certaines espèces, elle n'a, bien entendu, pas eu d'autre choix que de constater que la nullité consécutive des actes s'imposait⁵⁷¹³. Cependant, celle-ci se montre très réticente à annuler les procédures, en particulier lorsque le prévenu est traduit devant le tribunal correctionnel par la voie de la comparution immédiate⁵⁷¹⁴ ou poursuivi au

⁵⁷⁰⁶ Cass. crim., 22 juin 2000, Dr. pénal, 2000, comm. n°108 (2^{ème} arrêt), note A. MARON ; Procédures, 2001, comm. n°14 (1^{er} arrêt), note J. BUISSON, rappelant que « seules doivent être annulées, en conséquence de la nullité de la garde à vue, les pièces de la procédure dont cette mesure est le support nécessaire » ; Cass. crim., 12 sept. 2000, Procédures, 2001, comm. n°14 (2^{ème} arrêt), note J. BUISSON. La solution est identique en cas de saisie en dehors de toute perquisition : V. Cass. crim., 11 mars 2014, n°13-86965, E.C.P.B. ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2014, chron. préc., spéc. n°31 (saisie de documents apportés par une personne juste après la notification de sa garde à vue par les enquêteurs).

⁵⁷⁰⁷ Dans le même sens : J. BUISSON, note sous Cass. crim., 22 juin 2000 et 12 sept. 2000, Procédures, 2001, comm. n°14.

⁵⁷⁰⁸ A. MARON, note sous Cass. crim., 6 mars 2001, Dr. pénal, 2001, comm. n°80. V. Cass. crim., 20 juin 2001, Dr. pénal, 2001, comm. n°135, note (critique) A. MARON ; Cass. crim., 23 oct. 2001, Dr. pénal, 2002, comm. n°11 (8^{ème} arrêt), note A. MARON ; Cass. crim., 31 oct. 2001, Dr. pénal, 2002, comm. n°11 (10^{ème} arrêt), note A. MARON ; Procédures, 2002, comm. n°35, note J. BUISSON ; Cass. crim., 27 mai 2014, n°13-87095, E.C.P.B. ; D., 2014, pan., p. 1742, obs. J. PRADEL.

⁵⁷⁰⁹ V. encore, Cass. crim., 2 mai 2001, Dr. pénal, 2002, comm. n°11 (2^{ème} arrêt), note A. MARON ; Cass. crim., 14 janv. 2014, Bull. crim., n°8, préc., pour le refus d'annulation d'un procès-verbal d'interpellation et d'une mise en examen, ces actes et pièces n'ayant pas pour support nécessaire la réquisition aux fins d'installation d'un système vidéo captant des images à l'intérieur d'une propriété, ladite réquisition ayant été annulée ainsi que les pièces subséquentes ; Cass. crim., 14 mai 2014, n°12-84075, E.C.P.B.

⁵⁷¹⁰ V. à cet égard, C. AMBROISE-CASTEROT, obs. sur Cass. crim., 26 mars 2008, R.P.D.P., 2008, p. 389, spéc. p. 391 ; F. SAINT-PIERRE, *op. cit.*, p. 181.

⁵⁷¹¹ Cass. crim., 4 janv. 2005, Dr. pénal, 2005, comm. n°49, note A. MARON, préc. (moyen de cassation relevé d'office) ; Cass. crim., 12 avril 2005, Bull. crim., n°125 ; Procédures, 2005, comm. n°214, note J. BUISSON (garde à vue irrégulière) ; Cass. crim., 14 fév. 2006, Bull. crim., n°39 ; A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 176, obs. C. GIRAULT. Les irrégularités commises lors de l'exécution d'un mandat d'amener décerné au terme de la garde à vue (défèrement tardif) n'affectent pas les mises en examen décidées au cours de l'interrogatoire de première comparution, ni les placements en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire ensuite ordonnés ; Cass. crim., 14 mai 2014, préc. ; Cass. crim., 27 mai 2014, préc.

⁵⁷¹² V. J. BUISSON, note sous Cass. crim., 12 avril 2005, Procédures, 2005, comm. n°214.

⁵⁷¹³ V. Cass. crim., 28 nov. 2001, Bull. crim., n°248, préc. ; Cass. crim., 29 janv. 2003, Procédures, 2003, comm. n°100, note J. BUISSON ; Cass. crim., 9 juill. 2008, Bull. crim., n°170, préc. (annulation de la commission rogatoire prescrivant la sonorisation du parloir d'une maison d'arrêt et des rapports d'expertise analysant les conversations captées, mais défaut d'annulation de l'interrogatoire par lequel le juge d'instruction a notifié à la personne mise en examen le résultat de ces expertises : cassation) ; Cass. crim., 17 sept. 2008, Bull. crim., n°191, préc. (interception de la conversation entre un avocat et son client, l'écoute constituant le support nécessaire de l'interpellation du client, de son placement en garde à vue et de ses auditions au cours de cette mesure).

⁵⁷¹⁴ Cass. crim., 26 mars 2008, Bull. crim., n°76 ; A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 286, obs. C. SAAS ; R.P.D.P., 2008, p. 389, obs. C. AMBROISE-CASTEROT ; C. GIUDICELLI, L'étendue des nullités au cours de l'enquête pénale : quel contrôle de

moyen d'une convocation délivrée par l'O.P.J. sur instruction du parquet⁵⁷¹⁵. L'un des principaux problèmes posés par cette jurisprudence a été mis en évidence. « L'absence de définition claire de la notion d'acte support a pour conséquence une jurisprudence peu lisible car différenciée sans raison apparente selon la mesure privative de liberté en cause »⁵⁷¹⁶. Cette forme d'arbitraire, décuplée par la limitation totale de la portée des décisions d'annulation des actes de procédure, n'apparaît guère heureuse pour les libertés individuelles. Elle met en danger la sûreté des justiciables face aux abus possibles des O.P.J., des magistrats du parquet ou des juges d'instruction, « causant ainsi des préjudices irréparables à leurs victimes »⁵⁷¹⁷.

1205. En conclusion, il est regrettable que l'étendue de l'annulation d'un acte coercitif, ou d'un acte non coercitif mais faisant tomber par l'effet *domino* un ou plusieurs actes subséquents de cette nature, soit aussi restreinte ; car un acte annulé ne peut jamais être utilisé à l'appui d'une décision ou comme élément de preuve lors de l'instruction ou du jugement pénal. L'article 174, alinéa 3, du C.P.P. pose cette règle : « les actes ou pièces annulés sont retirés du dossier d'information et classés au greffe de la cour d'appel ». Et « il est interdit de tirer des actes et des pièces ou parties d'actes ou de pièces annulés aucun renseignement contre les parties, à peine de poursuites disciplinaires pour les avocats et les magistrats »⁵⁷¹⁸. Le système de la « cancellation » subsiste toutefois, venant amoindrir les garanties prévues par ces dispositions⁵⁷¹⁹. Si l'annulation de l'acte demeure partielle, une copie certifiée conforme à l'original est établie et classée au greffe de la cour d'appel. La partie litigieuse de l'acte est ensuite cancellée, c'est-à-dire rendue illisible sur l'acte, et maintenue dans le dossier⁵⁷²⁰. Ce n'est pas seulement l'étendue de l'annulation de l'acte coercitif qui se trouve restreinte. Les effets de l'appel interjeté à son endroit apparaissent en outre limités.

la police judiciaire ?, A.J. pénal, 2008, dossier, p. 445 et s. ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2009, chron. préc., spéc. n°38 et les autres arrêts cités (cassation) ; Cass. crim., 18 mars 2009, Inédit, n°08-83172 ; V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2010, chron. préc., n°36 (visa et attendu identiques). La même solution prévaut lorsqu'il s'agit d'une retenue douanière qui est entachée de nullité. Les juges doivent rechercher si les constatations des enquêteurs antérieures à cette mesure ne peuvent servir de fondement aux poursuites : Cass. crim., 7 avril 2010, Inédit, n°09-81615 ; S. DETRAZ, Un an de droit pénal fiscal et douanier, Dr. pénal, 2010, chron. préc., n°21. *Adde*, Cass. crim., 29 avril 2009, Bull. crim., n°83, préc., relevant que la rétention en mer n'est pas le préalable nécessaire au placement en garde à vue des membres de l'équipage, fondé sur des raisons plausibles de soupçonner un trafic de stupéfiants tirées des éléments de fait préexistants à la rétention. V. LESCLOUS, Un an de droit de la garde à vue, Dr. pénal, 2010, chron. préc., n°37.

⁵⁷¹⁵ Cass. crim., 18 sept. 2012, Bull. crim., n°191 (ladite convocation constitue un acte distinct de la garde à vue qui n'est pas atteint par les irrégularités qui peuvent affecter la mesure coercitive).

⁵⁷¹⁶ C. GIUDICELLI, *op. cit.*, p. 446. Pour étayer son raisonnement, l'auteur se fonde sur deux arrêts rendus à deux mois d'intervalle et qui semblent s'opposer (Cass. crim., 6 déc. 2005 et Cass. crim., 14 fév. 2006).

⁵⁷¹⁷ F. SAINT-PIERRE, *op. cit.*, p. 181.

⁵⁷¹⁸ Art. 174, al. 3 *in fine* du C.P.P.

⁵⁷¹⁹ En ce sens également, C. DI MARINO, *op. cit.*, p. 262, pour qui, « du fait de ce procédé, l'on réduit au minimum l'effet de la nullité, (...) une sorte de coupe chirurgicale demeurant parfaitement envisageable. (...) L'on valide de la sorte le reste de la procédure aux dépens de la réelle portée de la nullité ».

⁵⁷²⁰ Art. 174, al. 3 du C.P.P. ; V. F. DEFFERRARD, *op. cit.*, p. 176, note n°64.

2°- La limitation des effets de l'appel

1206. Puisqu'il est question d'appel, les actes coercitifs dont il s'agit forment des décisions juridictionnelles, à l'instar de celles relatives au contrôle judiciaire ou à la détention provisoire, et non des actes de police et d'instruction. L'appel produit un effet dévolutif et un effet suspensif, conformément aux principes généraux applicables. En premier lieu, l'effet dévolutif soumet à la chambre de l'instruction les points de fait et de droit sur lesquels le juge d'instruction, ou le juge des libertés et de la détention, a statué dans son ordonnance en vue d'un nouvel examen⁵⁷²¹. Il demeure limité par la nature et la portée de l'ordonnance contestée : l'appelant ne peut pas solliciter de la chambre de l'instruction qu'elle exerce son examen sur d'autres points que ceux jugés par ladite ordonnance⁵⁷²². Selon une jurisprudence constante, celui-ci ne saurait exciper, de manière accessoire à son appel, des questions étrangères à l'unique objet de cet appel. L'effet dévolutif interdit alors à la juridiction du second degré d'appréhender l'entier dossier et d'utiliser le droit octroyé par l'article 206 du C.P.P.⁵⁷²³. C'est la fameuse théorie de « l'unique objet », dégagée par la Cour de cassation depuis plus de cinquante ans⁵⁷²⁴.

1207. Instituée dans un souci de célérité du procès pénal et d'étrangler ce qui pourrait lui faire obstacle, en l'occurrence les nullités, cette règle vise à éviter la multiplication des appels dilatoires de la part des parties privées, spécialement ceux émanant du mis en examen. A la différence de l'appel du ministère public constitutif d'un « droit absolu, à quelque phase de la procédure et dans quelque cas que les ordonnances aient été rendues »⁵⁷²⁵, l'appel de la personne mise en examen reste « un droit exceptionnel qui ne comporte aucune extension ». Voilà pourquoi celle-ci n'a le droit d'interjeter appel des ordonnances du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention que dans les cas prévus de façon exhaustive par le Code de procédure pénale. Elle ne peut, à l'occasion du recours exercé contre une décision statuant sur le contrôle judiciaire ou la détention provisoire, soulever une nullité de procédure⁵⁷²⁶, contester le caractère punissable du fait objet des poursuites⁵⁷²⁷, ou le bien-

⁵⁷²¹ V. R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, n°566.

⁵⁷²² R. MERLE, A. VITU, *op. et loc. cit.*, indiquant une autre conséquence de l'effet dévolutif de l'appel, une sorte de transposition de la règle de l'interdiction des demandes nouvelles en appel, à savoir l'impossibilité de soumettre à la chambre de l'instruction d'autres faits que ceux présentés au juge d'instruction.

⁵⁷²³ V. B. BOULOC, Observations sur les nullités (...), *op. cit.*, p. 424.

⁵⁷²⁴ Cass. crim., 6 janv. 1961, Bull. crim., n°6 ; D., 1961, jurispr., p. 581, note M.R. M.P. : « Attendu (...) qu'en permettant aux inculpés de relever appel des ordonnances prévues par l'article 186, §1 et 3, du Code de procédure pénale, ce texte, dont les dispositions sont limitatives, leur a attribué un droit exceptionnel, qui ne comporte aucune extension et dont ils ne sauraient s'autoriser pour faire juger, à l'occasion d'une de ces procédures spéciales, des fins de non-recevoir étrangères à son unique objet ».

⁵⁷²⁵ Pour une mauvaise application de la règle de l'unique objet à l'appel relevé par le parquet contre une ordonnance du juge d'instruction : Cass. crim., 2 sept. 2005, Dr. pénal, 2005, comm. n°165, note A. MARON.

⁵⁷²⁶ V. parmi d'autres, l'hypothèse demeurant très fréquente, Cass. crim., 6 janv. 1961, préc. ; Cass. crim., 21 août 1990, Bull. crim., n°304 ; Cass. crim., 26 juill. 1993, Bull. crim., n°252 ; Cass. crim., 8 déc. 1993, Bull. crim., n°380 (cassation, car saisie de l'appel d'une ordonnance de placement en détention provisoire, la chambre d'accusation a ordonné la mise en liberté du mis en examen au motif que les perquisitions sur lesquelles sont fondées les poursuites s'avèrent entachées

fondé de ces poursuites⁵⁷²⁸ ou l'insuffisance des indices recueillis contre elle⁵⁷²⁹. Elle ne saurait davantage invoquer des exceptions, comme la prescription de l'action publique ou la violation du principe *non bis in idem*⁵⁷³⁰, ou bien solliciter la production, avant dire droit, du registre judiciaire prévu à l'article 803-3, alinéa 3, du C.P.P. afin qu'il soit statué sur la régularité de sa rétention judiciaire⁵⁷³¹, ou encore dénoncer l'irrégularité d'une ordonnance précédente devenue définitive⁵⁷³², voire « la carence de l'institution judiciaire » et la méconnaissance par le parquet des dispositions de l'article 175 du C.P.P.⁵⁷³³. Son appel a un objet unique, celui déterminé par la loi autorisant cette voie de recours.

1208. Consciente de la rigueur de cette règle, la chambre criminelle lui a apporté quelques exceptions. Elle a accepté l'examen du moyen de nullité soulevé par l'individu astreint à une mesure de contrôle judiciaire ou de détention provisoire, lorsqu'il invoque la violation des règles régissant l'extradition⁵⁷³⁴, l'irrégularité d'une arrestation à l'étranger, en l'absence de procédure d'extradition⁵⁷³⁵, l'abrogation de la loi pénale visée à la mise en examen⁵⁷³⁶, l'incompétence du juge d'instruction saisi⁵⁷³⁷ ou encore l'irrégularité affectant l'enquête ordonnée en application de l'article 145-5 du C.P.P.⁵⁷³⁸. La plupart de ces exceptions semblent être admises parce que les irrégularités alléguées, si elles se trouvent établies, vicie le titre de détention⁵⁷³⁹. Une explication crédible a été donnée à cette évolution libérale de la jurisprudence. Elle s'explique peut-être « par la crainte d'une “condamnation” à Strasbourg pour violation du droit à un contrôle – effectif et concret – de la légalité de la détention au sens de l'article 5 §4 de la Convention européenne »⁵⁷⁴⁰.

d'irrégularités) ; Cass. crim., 10 déc. 1996, Bull. crim., n°458 ; Cass. crim., 7 août 2002, Dr. pénal, 2003, comm. n°13, note A. MARON et C. BARBEROT.

⁵⁷²⁷ Cass. crim., 23 nov. 1977, Bull. crim., n°364.

⁵⁷²⁸ Cass. crim., 1^{er} juin 1994, Bull. crim., n°221.

⁵⁷²⁹ Cass. crim., 6 juin 2000, Bull. crim., n°211.

⁵⁷³⁰ Cass. crim., 3 mars 2010, Bull. crim., n°45 (affaire *Krombach*) ; Procédures, 2010, comm. n°241, note A.-S. CHAVENT-LECLERE. Cette solution semble revenir sur Cass. crim., 26 janv. 1984, Bull. crim., n°34. Dans l'arrêt du 3 mars 2010, la chambre criminelle reproche même aux juges du fond d'avoir « cru devoir répondre à l'exception de prescription de l'action publique invoquée ».

⁵⁷³¹ Cass. crim., 23 fév. 2011, Bull. crim., n°36 ; D., 2011, pan., p. 2236, obs. J. PRADEL ; V. GEORGET, Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2012, chron. préc., spéc. n°51.

⁵⁷³² Cass. crim., 27 oct. 1993, Bull. crim., n°318, pour une ordonnance de placement sous contrôle judiciaire. Rapp., Cass. crim., 25 sept. 2007, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 38, obs. S. LAVRIC, jugeant irrecevable le vice de procédure tiré de l'illégalité d'une détention provisoire à raison d'une irrégularité du titre de détention antérieur, ainsi que diverses exceptions.

⁵⁷³³ Cass. crim., 1^{er} fév. 1995, Inédit, n°94-85282.

⁵⁷³⁴ Cass. crim., 6 oct. 1983, Bull. crim., n°239, à propos d'une extradition déguisée.

⁵⁷³⁵ Cass. crim., 24 sept. 1997, Bull. crim., n°311.

⁵⁷³⁶ Cass. crim., 14 mars 1988, Bull. crim., n°124.

⁵⁷³⁷ Cass. crim., 9 mai 1990, Bull. crim., n°176. *Contra*, Cass. crim., 14 nov. 1990, Bull. crim., n°380. La nullité alléguée a pourtant des conséquences directes sur la compétence du juge d'instruction.

⁵⁷³⁸ Cass. crim., 7 août 2002, Dr. pénal, 2003, comm. n°13, préc.

⁵⁷³⁹ A. MARON et C. BARBEROT, note sous Cass. crim., 7 août 2002, Dr. pénal, 2003, comm. n°13. Par ex., Cass. crim., 14 mars 1988, préc.

⁵⁷⁴⁰ R. KOERING-JOULIN, Petit abécédaire de la chambre criminelle de la Cour de cassation, U comme *Unique objet*, Mélanges D. SCHMIDT, Joly, 2005, p. 327 et s., spéc. p. 334. A cet égard, P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n°477 ; C. ARRIGHI, De la chambre d'accusation (...), *op. cit.*, p. 133 et 134.

1209. Il n'empêche que cette faculté d'examen de la légalité lors de l'appel d'une ordonnance relative au contrôle judiciaire ou à la détention provisoire demeure relativement restreinte. D'une manière générale, le caractère limitatif de l'appel subsiste et le droit d'invoquer des nullités reste de droit étroit, soumis à des conditions strictes⁵⁷⁴¹. Il est piquant de constater que pour sauvegarder les procédures, en d'autres termes les intérêts de la répression, le juge pénal a consacré une véritable indépendance de deux actes coercitifs de premier plan en procédure pénale, la garde à vue et la détention provisoire. L'annulation d'une garde à vue n'entraîne pas d'ordinaire la nullité des actes subséquents, spécialement la détention, vu qu'elle ne constitue pas le support nécessaire de cette dernière mesure. Quant aux éventuelles irrégularités affectant la garde à vue, elles sont étrangères à l'unique objet de l'appel contre l'ordonnance prescrivant la mise en détention. Elles se montrent incapables de vicier le titre de détention. Que le recours soit dès lors exercé à l'encontre de la garde à vue au moyen d'une requête en annulation, ou soit dirigé à l'égard du placement en détention provisoire par la voie de l'appel, le titre de détention ne peut pas être annulé⁵⁷⁴². Il n'y a pas d'interaction entre ces deux actes coercitifs, pourtant capables de s'enchaîner rapidement afin de maintenir la personne poursuivie à la disposition de la justice. Ces solutions semblent orientées. Le raisonnement suivi apparaît au fond fort discutable, sinon artificiel. De telles mesures accomplies au sein de la même procédure ne sauraient être ainsi dissociées.

1210. En second lieu, l'effet suspensif de l'appel est écarté en matière de contrôle judiciaire et de détention provisoire. La décision de placement ou de maintien sous contrôle judiciaire s'avère exécutoire nonobstant toutes voies de recours⁵⁷⁴³. La révocation d'une telle mesure par la chambre de l'instruction pour inexécution des obligations peut alors intervenir, même si l'arrêt l'ayant ordonnée se voit frappé de pourvoi. C'est dire que le pourvoi en cours contre cet acte coercitif n'a pas d'effet suspensif⁵⁷⁴⁴. Si le prévenu est, de même, condamné par le tribunal correctionnel, l'article 471 du C.P.P. prévoit, à deux conditions énoncées au texte, que le contrôle judiciaire peut être maintenu jusqu'à ce que la condamnation devienne définitive, y compris durant l'instance d'appel. La détention provisoire obéit aussi à ce régime. L'appel des ordonnances du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention est dénué d'effet suspensif. Autrement dit, l'appel de la décision de placement en détention ou de la prolongation de celle-ci ne peut faire obstacle à l'exécution de la décision⁵⁷⁴⁵. L'appel d'une ordonnance de mise en liberté ne peut, à l'inverse, empêcher l'élargissement de l'individu incarcéré⁵⁷⁴⁶.

⁵⁷⁴¹ En ce sens, J. PRADEL, note sous Cass. crim., 6 janv. 1961, *in* Les grands arrêts (...), *op. cit.*, n°38, p. 386, spéc. n°10, p. 390.

⁵⁷⁴² Pour le même constat : A. MARON et C. BARBEROT, note préc. sous Cass. crim., 7 août 2002.

⁵⁷⁴³ Cass. crim., 8 juill. 2004, Bull. crim., n°179.

⁵⁷⁴⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁴⁵ Tout comme le pourvoi en cassation, relatif au maintien en détention, en application des articles 570 et 571 du C.P.P. : Cass. crim., 3 août 1985, Bull. crim., n°278, énonçant que « l'exécution immédiate de l'arrêt d'une chambre d'accusation ordonnant le maintien en détention d'un inculpé, déroge lui-même au principe de l'effet suspensif du pourvoi ; que cette

1211. Le législateur a cependant apporté des aménagements à ces règles. Il a permis au justiciable d'obtenir une décision rapide sur sa demande de mise en liberté, lorsque celui-ci exerce le référé-liberté. Il faut toutefois souligner que durant le délai accordé au président de la chambre de l'instruction, ou à la chambre elle-même pour statuer, la personne reste en détention provisoire⁵⁷⁴⁷. Plus attentatoire à la liberté individuelle et encore plus contestable, le parquet se voit autorisé à introduire un référé-détention aux fins de faire reconnaître un caractère suspensif à son appel dirigé contre une ordonnance de mise en liberté, contraire à ses réquisitions⁵⁷⁴⁸. Ainsi les effets de l'ordonnance susvisée sont suspendus pendant deux jours ouvrables au maximum, à compter de cette demande. Cela signifie que la personne reste maintenue en détention pendant ce temps, jusqu'à ce que la chambre de l'instruction se prononce sur l'appel relevé par le procureur de la République. On comprend volontiers que l'on cherche à « prévenir les graves conséquences pouvant être attachées à telle ou telle décision prise par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention soit pour préserver la liberté de la personne, soit pour protéger la société contre les conséquences possibles d'une mise en liberté »⁵⁷⁴⁹. Toujours est-il que l'exercice du référé-liberté n'empêche pas la détention provisoire de la personne poursuivie, celui du référé-détention fait obstacle à sa remise en liberté immédiate. En somme, le Code de procédure pénale accepte de faire prévaloir la privation de liberté sur le droit à la sûreté personnelle.

1212. Globalement, la contestation de l'acte coercitif progresse et cette évolution devrait se poursuivre puisque, depuis la loi n°2014-535 du 27 mai 2014, toute personne suspectée ou soumise à une mesure privative de liberté prévue par le Code de procédure pénale se voit remettre une déclaration des droits lui indiquant, notamment, son « droit de connaître les modalités de contestation de la légalité de l'arrestation, d'obtenir un réexamen de sa privation de liberté ou de demander sa mise en liberté »⁵⁷⁵⁰. Les recours ouverts au justiciable contre les actes attentatoires à ses libertés se sont développés au fil du temps. La jurisprudence constitutionnelle, européenne, parfois même judiciaire⁵⁷⁵¹, ont agi de manière décisive en ce sens⁵⁷⁵². Il faut savoir gré au Conseil constitutionnel

dérogação s'étend nécessairement à l'ensemble des dispositions de l'arrêt en question touchant au contentieux de la détention ». Rappr., Cass. crim., 4 nov. 1992, Bull. crim., n°356.

⁵⁷⁴⁶ V. F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. cit.*, n°2786.

⁵⁷⁴⁷ Art. 187-1, al. 3 du C.P.P., le texte prévoyant que si le président estime que les conditions énumérées à l'article 144 du C.P.P. ne sont pas remplies, « il peut infirmer l'ordonnance du juge des libertés et de la détention et ordonner la remise en liberté de la personne ». Celle-ci se trouvait donc bien incarcérée. Par ailleurs, le délai offert par la loi pour statuer varie. Il est de trois jours ouvrables suivant la demande au plus si c'est le président seul qui est saisi, et de cinq jours ouvrables au maximum si le recours est porté directement devant la chambre de l'instruction (art. 187-2 du C.P.P.).

⁵⁷⁴⁸ Art. 187-3 du C.P.P.

⁵⁷⁴⁹ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op. et loc. cit.*

⁵⁷⁵⁰ Art. 803-6, 9° du C.P.P. En ce sens, l'information sur les modalités de contestation de la privation de liberté se présente comme un préalable à sa contestation.

⁵⁷⁵¹ Par ex., en matière de mandat d'arrêt européen, Cass. crim., 7 fév. 2007, R.P.D.P., 2007, p. 435, obs. D. CHILSTEIN, prononçant la cassation.

d'avoir censuré, à titre d'exemple, l'article 706-104 projeté du C.P.P., dans sa décision du 2 mars 2004 relative à la lutte contre la délinquance organisée⁵⁷⁵³. Le Haut conseil a évité d'éventuels détournements de procédure mettant en péril les libertés individuelles. Certes, « toute garantie de procédure a un revers », un risque de longueur excessive de la procédure dont le justiciable ayant exercé les différents recours possibles contre les actes coercitifs, se plaindra lui-même par la suite, conjugué à un risque évident de manœuvres dilatoires⁵⁷⁵⁴. Mais un recours doit être, en toute circonstance, organisé à leur encontre afin d'assurer une véritable protection aux libertés individuelles. Garantie primordiale instituée en faveur des personnes poursuivies, il s'agit d'un trait significatif du régime applicable à l'acte coercitif.

1213. A l'occasion de sa contestation, le juge est tenu d'en réaliser un contrôle effectif et complet. Il vérifie si les autorités publiques ont fait un usage régulier, nécessaire et proportionné de la contrainte étatique. C'est une exigence éthique qui s'impose aux magistrats⁵⁷⁵⁵. Voilà pourquoi les faiblesses persistantes de la contestation de l'acte coercitif encourent la critique. L'absence de véritable recours d'*habeas corpus*, l'étranglement des nullités sous toutes ses formes, la limitation maximale des effets de l'appel, etc, forment des « poches de résistance » dépassées⁵⁷⁵⁶. Le droit positif ne saurait faire l'économie de modifications législatives et jurisprudentielles sur ces points. Dans des situations particulières, l'exécution d'un tel acte entame de façon encore plus grave les libertés des personnes. Il arrive que la coercition exercée soit totalement illégale. C'est le cas lorsqu'elle tombe sous le coup de la loi pénale : elle est constitutive d'une infraction. Les recours aménagés contre cet acte doivent être étudiés dans ce cas. Tous ses modes de contestation méritent un examen, car ils relèvent de son régime juridique. Il convient alors de s'attacher à ceux-ci afin d'achever d'appréhender ce régime.

⁵⁷⁵² Rapp., R. LEGEAIS, Constitution française, Convention européenne des droits de l'homme et protection des personnes contre les abus policiers, *in* Droits de l'individu et police, Thémis-litec, 1990, p. 229 et s.

⁵⁷⁵³ C.C., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, préc., cons. 67 à 71, posant un garde-fou (V. cons. 70 qui mentionne des « raisons plausibles de soupçonner que les faits constituent l'une des infractions énumérées par l'article 706-73 nouveau du Code de procédure pénale »).

⁵⁷⁵⁴ J. LARGUIER, Remarques sur l'évolution (...), *op. cit.*, p. 288 à 290.

⁵⁷⁵⁵ V. D. COMMARET, La procédure pénale vue comme modèle éthique (...), *op. cit.*, p. 327.

⁵⁷⁵⁶ Rapp., sur les nullités : C. LARONDE-CLERAC, La pratique jurisprudentielle des nullités (...), *op. cit.*, n°26, pour qui l'évolution jurisprudentielle récente en matière de garde à vue marque « un net recul des droits de la défense et revient sur des principes qui semblaient bien encrés ».

CHAPITRE 2 : LA CONTESTATION DE L'ACTE COERCITIF CONSTITUTIF D'UNE INFRACTION PENALE

1214. En raison du grief spécifique qu'il cause, l'atteinte intrinsèque aux libertés individuelles, l'acte coercitif doit faire l'objet d'une surveillance accrue, c'est-à-dire d'un encadrement spécial. Il faut pouvoir le contester en toute occasion, *a fortiori* lorsqu'il se révèle illégal. Il se peut, précisément, qu'il soit constitutif d'une infraction pénale ou que son exécution provoque la commission d'une infraction. Tel est le cas si les autorités publiques l'accomplissent de manière arbitraire. Le Code pénal envisage les abus d'autorité commis contre les particuliers dans ses articles 432-4 et suivants. Signe d'une unité de régime, il organise leur répression. Il incrimine, de façon successive, les atteintes à la liberté individuelle⁵⁷⁵⁷, les atteintes à l'inviolabilité du domicile⁵⁷⁵⁸ ainsi que celles au secret des correspondances⁵⁷⁵⁹. L'article 226-1 de ce Code prohibe, lui, le fait d'attenter à l'intimité de la vie privée d'autrui.

1215. Au-delà des libertés individuelles des citoyens, ces comportements interdits violent, en même temps, l'intérêt général et contreviennent à la finalité des pouvoirs dévolus aux agents publics⁵⁷⁶⁰. Les abus d'autorité commis contre les particuliers « renvoient également à l'idée de dépassement des limites externes du pouvoir, puisque les actes attentatoires aux libertés individuelles sont toujours accomplis hors les cas prévus par la loi, si bien que les personnes dépositaires de l'autorité publique (...) ne peuvent être considérées comme ayant agi dans le cadre de leur pouvoir juridique, qu'elles n'ont pu, par voie de conséquence, utiliser concrètement, puisque justement elles n'avaient pas légalement le pouvoir d'agir comme elles l'ont fait »⁵⁷⁶¹. Bref, de tels abus, de même que les modalités de contestation de la coercition arbitraire méritent un examen approfondi. Inadmissible, l'acte coercitif arbitraire doit être dénoncé (**Section I**). Son auteur mérite, de manière incontestable, une sanction. L'O.P.J. ou le magistrat qui l'accomplit ne saurait s'y employer en toute impunité. Il s'expose bien sûr à des poursuites judiciaires. Qu'elle soit disciplinaire, civile ou notamment pénale, sa responsabilité peut en effet être engagée (**Section II**).

⁵⁷⁵⁷ Art. 432-4 du C.P.

⁵⁷⁵⁸ Art. 432-8 du C.P.

⁵⁷⁵⁹ Art. 432-9 du C.P.

⁵⁷⁶⁰ E. LAJUS-THIZON, L'abus en droit pénal, Dalloz, 2011, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 105, préf. P. CONTE, n°101, p. 80 et n°413, p. 266.

⁵⁷⁶¹ E. LAJUS-THIZON, *op. cit.*, n°153, p. 114.

Section I – La dénonciation de l’acte coercitif arbitraire

1216. Les abus commis par les autorités répressives lorsqu’elles usent de la coercition à l’endroit des justiciables restent intolérables. Il convient de les condamner fermement. En ce qu’elle s’impose de façon naturelle, la dénonciation de ces illégalités doit être absolue (§1). Pareille dénonciation, pour être admise, suppose le respect de certaines exigences juridiques. Elle demeure donc conditionnée (§2).

§1 – Une dénonciation absolue

1217. Les divers comportements, dont il va être question, ouvrent droit à un recours. Ils ont un point commun : leur gravité. Qu’il s’agisse des stipulations conventionnelles ou des dispositions législatives, les normes applicables en droit français les prohibent et les répriment. Ils violent aussi bien la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales que le Code pénal. Les plus graves pour les individus sont constitutifs de contraintes physiques (A). D’autres se composent d’intrusions (B) émanant des autorités répressives.

A – Les contraintes physiques réprimées

1218. Illégales, de telles contraintes exercées à l’endroit des citoyens prennent deux formes principales différentes en fonction du droit qu’elles méconnaissent. Elles constituent soit une violation du droit à la sûreté, soit une violation du droit au respect de l’intégrité physique. Il s’agit alors des arrestations et détentions arbitraires (1°), d’une part, des actes de violence et de torture (2°), d’autre part.

1°- Les arrestations et détentions arbitraires

1219. Depuis l’abolition des lettres de cachet à la fin du XVIII^{ème} siècle, de nombreux textes interdisent d’arrêter et de détenir arbitrairement un individu⁵⁷⁶². Selon l’article 7 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, « nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu’elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l’instant : il se rend coupable par la résistance »⁵⁷⁶³. L’article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que « nul ne peut être arbitrairement détenu. L’autorité

⁵⁷⁶² Sur ce point, J. ROBERT, Les violations de la liberté individuelle commises par les agents publics (...), *op. cit.*, p. 28.

⁵⁷⁶³ *Adde*, art. 16 de la DDHC : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution ».

judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». De même, les articles 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme⁵⁷⁶⁴ et 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁵⁷⁶⁵ proscrirent ces actes coercitifs illégaux. « Dispositions rassurantes, héritières de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », les articles 432-4 à 432-6 du Code pénal, anciennement 114 à 122 du Code de 1810, paraissent encore « placer notre Etat de droit à l'abri de certaines dérives »⁵⁷⁶⁶. Enfin, les articles 126 et 725 du C.P.P. tendent également à éviter les arrestations et détentions arbitraires⁵⁷⁶⁷.

1220. Il convient de lutter de manière effective contre les atteintes illégales à la liberté individuelle, toujours possibles⁵⁷⁶⁸. L'article 432-4 du C.P. incrimine « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'ordonner ou d'accomplir arbitrairement un acte attentatoire à la liberté individuelle ». A côté de l'exécution proprement dite de l'acte coercitif arbitraire, apparaît prohibé le fait « d'ordonner » un tel acte, comme du reste en matière d'atteinte au secret des correspondances⁵⁷⁶⁹. L'auteur moral est donc considéré comme un auteur juridique. S'avère sanctionné de la sorte, à titre d'infraction autonome, un cas de complicité par provocation⁵⁷⁷⁰. Le texte punit ces comportements de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende⁵⁷⁷¹. En aggravant la répression, son second alinéa transforme le délit en crime lorsque la victime se voit privée de liberté plus de sept jours : la peine est portée à trente ans de réclusion criminelle et à 450 000 euros

⁵⁷⁶⁴ « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales (...) ». V. aussi, art. 6 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000.

⁵⁷⁶⁵ « Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi ».

⁵⁷⁶⁶ E. VERNY, Le membre d'un groupe en droit pénal, L.G.D.J., 2002, Bibl. sc. crim., t. 37, préf. A. DECOCQ, note n°542, p. 167, où il ajoute qu' « écartant certaines dispositions archaïques subsistant dans le Code de 1810 aux articles 114 à 122, les dispositions nouvelles des articles 432-4 à 432-6 ne maintiennent en ce domaine que quatre incriminations sanctionnant des atteintes à la liberté individuelle et comprises dans une section consacrée aux abus d'autorité commis contre des particuliers. L'article 432-4 constitue le centre de ce dispositif, incriminant par une formule générale les actes attentatoires à la liberté individuelle tandis que les autres dispositions concernent des situations particulières. (...) L'article 114 ancien désignait les fonctionnaires, agents ou préposés du gouvernement. Les dispositions nouvelles, conformes aux propositions doctrinales, visent toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ». Il convient de se limiter à l'étude de l'article 432-4 du C.P., car seules ses dispositions intéressent l'acte coercitif. Pour l'étude de l'ancien article 114 du C.P., R. GASSIN, La liberté individuelle (...), *op. cit.*, n°18, p. 10 à n°165, p. 71 ; A. PROTHAIS, Tentative et attentat, L.G.D.J., 1985, Bibl. sc. crim., t. 24, n°432, p. 300 à n°439, p. 304.

⁵⁷⁶⁷ V. déjà, M. CUNEO, De l'arrestation et de la sanction des arrestations arbitraires, Thèse, Paris, 1902 ; M. BINET, La protection de la liberté individuelle contre les arrestations et détentions arbitraires, Thèse, Nancy, 1936, spéc. p. 91 et s., sur l'article 114 du Code pénal ancien.

⁵⁷⁶⁸ De tous temps, des abus ont été commis : J. ROBERT, *op. cit.*, p. 80 et s., not. p. 92, indiquant, à propos de l'arrestation officieuse, qu'il convient « de retenir l'individu suspect » pendant la nuit « dans une salle d'attente en lui donnant l'impression que "cette garde à vue" n'a pas "trop l'air coercitif" ». Rapp., A. CAPPELLO, La constitutionnalisation du droit pénal (...), *op. cit.*, n°463 et s.

⁵⁷⁶⁹ Art. 432-9 du C.P., incriminant « le fait (...) d'ordonner, de commettre ou de faciliter (...) le détournement, la suppression ou l'ouverture de correspondances (...) ».

⁵⁷⁷⁰ P. CONTE, Droit pénal spécial, LexisNexis, Manuel, 4^{ème} éd., 2013, n°224, ajoutant que « cette technique d'incrimination a l'avantage d'autoriser la répression même si l'ordre n'a pas été suivi d'effet ».

⁵⁷⁷¹ Il est pour le moins surprenant que l'arrestation illégale soit plus sévèrement sanctionnée lorsqu'elle est commise par un particulier (20 ans) que par un agent public (7 ans et 100 000 euros). V. E. DREYER, Droit pénal spécial, Ellipses, Cours magistral, 2^{ème} éd., 2012, n°283.

d'amende⁵⁷⁷². Peuvent constituer des atteintes arbitraires à la sûreté des personnes, et entrer dans le champ de la répression, les interpellations, rétentions⁵⁷⁷³, vérifications d'identité, gardes à vue⁵⁷⁷⁴, mandats de justice, détentions provisoires⁵⁷⁷⁵... En effet, « l'article 432-4 du Code pénal incrimine au titre des atteintes à la liberté individuelle, les seuls actes d'arrestation, de détention ou de rétention arbitraires commis par des fonctionnaires publics »⁵⁷⁷⁶. Comme sous l'empire de l'article 114 du Code pénal de 1810, la notion de liberté individuelle envisagée à l'article 432-4 fait donc l'objet d'une interprétation stricte⁵⁷⁷⁷.

1221. Les dispositions dudit article 114 énonçaient que « lorsqu'un fonctionnaire public, un agent ou un préposé du gouvernement aura ordonné ou fait quelque acte arbitraire ou attentatoire soit à la liberté individuelle soit aux droits civiques d'un ou de plusieurs citoyens, soit à la Constitution, il sera condamné à la peine de la dégradation civique ». Texte considéré comme trop général et trop vague par les auteurs⁵⁷⁷⁸, celui-ci prévoyait, outre la violation de la liberté individuelle, les actes attentatoires à la Constitution, qui recouvraient les atteintes à la jouissance et à l'exercice de toutes les libertés en général, pourvu qu'elles soient garanties par cette norme suprême. Une distinction devait alors être opérée entre la notion de « liberté individuelle » au singulier recouvrant précisément la liberté d'aller et venir et « les libertés » au pluriel qui recouvrent l'ensemble des libertés publiques⁵⁷⁷⁹. Dans la fameuse affaire dite des « écoutes téléphoniques de l'Elysée », la cour d'appel de Paris, approuvée par la Cour de cassation, a considéré, avec raison, que la captation illicite de conversations téléphoniques ne constituait pas, à l'évidence, une violation de la liberté individuelle, entendue comme la liberté d'aller et venir, mais un acte attentatoire à la Constitution, « en raison de l'institutionnalisation du système et de l'ampleur des écoutes, de surcroît réalisées par une cellule constituée par les plus hautes autorités de l'Etat, et commises au préjudice de très nombreuses personnes à raison de leur profession notamment de journalistes, d'avocats et hommes politiques, écrivains, etc »⁵⁷⁸⁰.

⁵⁷⁷² La tentative est alors punissable, puisqu'elle l'est toujours en matière criminelle.

⁵⁷⁷³ Pour une rétention par les agents des douanes sans placement de la personne en retenue douanière : Cass. crim., 8 fév. 2012, Bull. crim., n°38 ; D., 2012, p. 723, note (approbative) S. DETRAZ.

⁵⁷⁷⁴ Il n'y a toutefois pas d'acte attentatoire à la liberté individuelle lorsqu'une garde à vue est prolongée à tort en raison d'une erreur initiale de qualification des faits. En ce sens, Cass. crim., 5 déc. 1995, Dr. pénal, 1996, chron. n°41, par V. LESCLOUS et C. MARSAT.

⁵⁷⁷⁵ En ce sens également, M.-L. RASSAT, Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal, Dalloz, Précis, 6^{ème} éd., 2011, n°1087 ; P. CONTE, *op. cit.*, n°227, sous l'angle de la neutralisation des incriminations.

⁵⁷⁷⁶ Cass. crim., 8 nov. 2011, Inédit, n°10-88819.

⁵⁷⁷⁷ C'est dans ce sens strict que la notion a été prise par un auteur ayant proposé une définition de l'acte attentatoire (à la liberté individuelle) sous l'empire de l'ancien article 114. Il a défini celui-ci comme « tout agissement qui a abouti à arrêter ou à détenir, à permettre ou à laisser se perpétrer une privation de liberté, hors des cas prévus par la loi, des formes prescrites, des lieux prévus ». A cette approche de l'acte, il a ajouté l'intention criminelle : J. ROBERT, *op. cit.*, p. 150 et 151.

⁵⁷⁷⁸ V. par ex., R. ABRAHAM, concl. sur T.C., 25 avril 1994 (*Dulangi et autre*), D., 1994, jurisp., p. 389, spéc. p. 391, notant que « l'atteinte à la Constitution est une notion relativement imprécise ».

⁵⁷⁷⁹ CA Paris (ch. acc.), 30 sept. 1996, D., 1997, jurisp., p. 111, note E. BREEN (affaire des écoutes de l'Elysée).

⁵⁷⁸⁰ *Ibid.* La Cour ajoute : « L'atteinte à la Constitution, en tant que telle, résulte également du fait que de tels actes sont susceptibles d'avoir porté atteinte à de nombreuses libertés publiques constitutionnellement reconnues (...). En conséquence, il convient de constater que les faits reprochés étaient susceptibles de recevoir cumulativement la qualification criminelle d'attentat à la Constitution et la qualification correctionnelle spécifique d'atteinte à l'intimité de la vie privée ». La chambre

1222. En 1993, l'article 432-4 du C.P. a été débarrassé des formules vagues d'acte attentatoire « aux droits civiques » ou à « la Constitution ». Il ne sanctionne plus que les atteintes à la liberté individuelle. Cette dernière, ainsi protégée, et non « les libertés », « est incontestablement la liberté d'aller et venir »⁵⁷⁸¹. C'est ce qu'a affirmé le Tribunal des conflits dans sa décision du 25 avril 1994⁵⁷⁸². Il souligne que « l'article 114 du Code pénal, devenu 432-4 nouveau du Code pénal, incrimine au titre des atteintes à la liberté individuelle, les seuls actes d'arrestation, de détention ou de rétention arbitraires commis par des fonctionnaires publics ». Selon la jurisprudence pénale, l'article 432-4 ne réprime pas le fait d'attenter à une autre liberté qu'à celle d'aller et venir⁵⁷⁸³. Il sanctionne toutes ses atteintes, même de courte durée⁵⁷⁸⁴ ou ne comportant pas « une privation absolue de liberté au moyen d'une contrainte physique invincible »⁵⁷⁸⁵. S'agissant de l'intention criminelle, le célèbre arrêt *Friedel* a considéré, à juste titre, que dans une poursuite pour arrestation et séquestration arbitraires, « “toute intention coupable” » ne saurait être écartée « au seul motif de “règles en usage”, qui, même si elles existaient, ne pourraient constituer une cause de justification ou une excuse que la loi ne prévoit pas »⁵⁷⁸⁶. Il n'y a donc pas place pour l'erreur de droit. Elle ne saurait être une cause d'irresponsabilité pénale lorsque cette infraction est commise⁵⁷⁸⁷ ; de plus l'excuse fondée sur les pratiques en vigueur demeure exclue⁵⁷⁸⁸.

1223. Il arrive à de simples citoyens d'accomplir un acte coercitif et de se substituer aux autorités publiques. En vertu de l'article 73 du C.P.P., en cas de crime flagrant ou de délit flagrant puni d'emprisonnement, toute personne a qualité pour en appréhender l'auteur et le conduire devant l'O.P.J. le plus proche. L'état de flagrance permettant l'arrestation des auteurs de l'infraction doit s'apprécier

criminelle approuve ce point, puisqu'elle écarte l'application de l'article 432-4 du C.P. aux écoutes téléphoniques : Cass. crim., 4 mars 1997, Bull. crim., n°83.

⁵⁷⁸¹ CA Paris (ch. acc.), 30 sept. 1996, préc., expliquant que « cette interprétation ressort de la structure même de l'article 432-4 et des dispositions de l'alinéa 2 qui prévoit l'aggravation de la peine prévue à l'alinéa 1, lorsque la rétention ou la détention dure plus de sept jours ».

⁵⁷⁸² T.C., 25 avril 1994 (*Dulangi et autre*), D., 1994, jurispr., p. 389, concl. ABRAHAM, note P. DIDIER. V. aussi, ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sur T.C., 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris / Tribunal de grande instance de Paris*, D., 1997, jurispr., p. 567, note A. LEGRAND, spéc. note n°2, p. 570.

⁵⁷⁸³ Cass. crim., 18 fév. 1992, Dr. pénal, 1992, comm. n°251, note M. VERON (l'utilisation d'une clef pour ouvrir un coffre bancaire ne constitue pas un acte attentatoire à la liberté individuelle) ; Cass. crim., 30 nov. 1993, Dr. pénal, 1994, comm. n°78, note M. VERON ; Cass. crim., 14 sept. 2004, Dr. pénal, 2004, comm. n°170, note M. VERON (cassation, car il n'y a pas atteinte arbitraire à la liberté individuelle, au sens de l'article 432-4 du C.P., en cas de fermeture de la vanne d'alimentation en eau d'une propriété en construction) ; Cass. crim., 8 nov. 2011, Dr. pénal, 2012, comm. n°16, note M. VERON.

⁵⁷⁸⁴ Les solutions rendues sous l'empire du Code de 1810 sont toujours valables : V. CA Paris, 8 mai 1946, D., 1946, jurispr., p. 316 (l'individu arrêté est déféré au parquet, qui le remet aussitôt en liberté).

⁵⁷⁸⁵ V. Cass. crim., 12 mars 1959, Bull. crim., n°175 (pourvoi déclaré irrecevable, mais la chambre criminelle désapprouve totalement le raisonnement des juges du fond).

⁵⁷⁸⁶ Cass. crim., 5 janv. 1973, Bull. crim., n°7 ; D., 1973, jurispr., p. 541, note G. ROUJOU DE BOUBÉE. Sur l'intention criminelle sous l'empire de l'ancien article 114 du C.P. et la quasi-impossibilité de la prouver, V. L. ROLLAND, Réparations dues aux particuliers en cas d'arrestation arbitraire, R.D.P., 1909, p. 723 et s., spéc. p. 728, reprenant la thèse de GARRAUD.

⁵⁷⁸⁷ Cass. crim., 12 oct. 1993, D., 1994, jurispr., p. 129, note D. MAYER. Rapp., hors d'une atteinte à la liberté d'aller et venir : Cass. crim., 9 avril 2013, Inédit, n°12-81100 ; Gaz. pal., 21-23 juill. 2013, n°202 à 204, p. 26, obs. S. DETRAZ, d'où il ressort que l'erreur de droit ne saurait être admise au bénéfice d'O.P.J. ordonnant des fouilles à corps dans des cadres procéduraux qui leur sont habituels, à savoir l'enquête préliminaire et de flagrance (cassation).

⁵⁷⁸⁸ En ce sens déjà : Cass. crim., 22 juill. 1959, Bull. crim., n°366.

au moment de l'intervention de l'O.P.J. (ou du particulier) dans le cadre d'une procédure visant un délit punissable d'emprisonnement. Il n'importe que, par la suite, les faits aient reçu une qualification contraventionnelle⁵⁷⁸⁹. Autrement dit, l'apparence peut être trompeuse, le prétendu auteur du crime ou du délit pouvant avoir commis une simple contravention, voire se révéler étranger à l'infraction commise. Si elle s'avère objectivement vraisemblable, l'apparence suffit alors à légitimer son appréhension. Des indices apparents d'un comportement délictueux doivent néanmoins exister. En leur absence, une séquestration ne saurait être justifiée au regard des dispositions de l'article 73 du C.P.P.⁵⁷⁹⁰.

1224. Ce dernier texte autorise à conduire l'auteur arrêté devant l'O.P.J. le plus proche. A cet égard, la jurisprudence a toujours admis la rétention de l'individu pendant le temps d'arrivée sur les lieux de l'O.P.J., mais à condition que celui-ci ait été informé dans les meilleurs délais⁵⁷⁹¹. Il semble que le délai d'une heure soit un maximum, sauf circonstances exceptionnelles⁵⁷⁹². La retenue d'un mineur durant sept heures, accompagnée d'interrogatoires et de violences, avant que les gendarmes ne soient avisés de l'interpellation de l'intéressé, constitue l'infraction de séquestration arbitraire (et celle de coups et blessures volontaires). Est ainsi caractérisée « l'intention volontaire de priver de sa liberté la personne arrêtée dans un but autre que celui de la remettre le plus rapidement possible à l'autorité qualifiée »⁵⁷⁹³. Bref, si cet article 73 permet aux citoyens de procéder à l'acte coercitif d'arrestation et de détention, en recourant à la force (proportionnée) si nécessaire, il ne peut « leur servir de prétexte à exercer une justice privée »⁵⁷⁹⁴. Les articles 224-1 et suivants du C.P. érigent en infractions l'enlèvement et la séquestration de personnes par de simples particuliers⁵⁷⁹⁵. Mais à l'inverse, l'individu saisi en flagrant délit et retenu par un citoyen jusqu'à l'arrivée de l'O.P.J., qui exerce des violences sur cette personne en vue de recouvrer la liberté, doit être condamné. Il ne saurait invoquer la légitime défense, car sa rétention demeure autorisée par la loi pénale.

1225. Une fois appréhendée, la personne contre laquelle des poursuites sont exercées, fait parfois l'objet d'un placement en détention provisoire. Or, cette privation de liberté peut s'avérer contraire au

⁵⁷⁸⁹ Cass. crim., 11 mars 1992, Bull. crim., n°110.

⁵⁷⁹⁰ Cass. crim., 11 mai 2005, Dr. pénal, 2005, comm. n°134, note A. MARON.

⁵⁷⁹¹ Cass. crim., 1^{er} oct. 1979, Bull. crim., n°263 ; D., 1980, I.R., p. 334, obs. M. PUECH ; Cass. crim., 16 fév. 1988, Bull. crim., n°75. Cette assimilation de la retenue du suspect à sa conduite devant l'O.P.J. le plus proche doit, par ailleurs, être approuvée. Comme il l'a été très justement relevé, cette conduite est « plus coercitive que la simple rétention. Aussi est-il juridiquement logique d'admettre le moins, là où le texte autorise le plus » : A. MARON, note sous Cass. crim., 11 mai 2005, Dr. pénal, 2005, comm. n°134.

⁵⁷⁹² En ce sens, M. PUECH, obs. sur Cass. crim., 1^{er} oct. 1979, D., 1980, I.R., p. 334.

⁵⁷⁹³ Cass. crim., 16 fév. 1988, préc., l'arrêt prenant soin de souligner que sept heures se sont écoulées entre l'interpellation de X et l'avis donné aux gendarmes « dont il n'est pas établi, ni même allégué, que les prévenus aient été empêchés de les informer au plus tôt ».

⁵⁷⁹⁴ A. MARON, note préc. sous Cass. crim., 11 mai 2005, Dr. pénal, 2005, comm. n°134.

⁵⁷⁹⁵ Ces infractions constituent de surcroît une violation de l'article 5 de la Convention, le juge européen faisant une application horizontale du droit à la liberté garanti par ce texte : V. par ex., CEDH, 7 janv. 2010, *Rantsev / Chypre et Russie*, n°25965/04, §314 à 321 ; R.I.D.P., 2010, p. 326, n°9, obs. L. MORTET.

droit. Il convient précisément de ne pas confondre la détention injustifiée et la détention illégale. La doctrine a distingué ces notions avec beaucoup de justesse, ajoutant d'ailleurs la détention abusive⁵⁷⁹⁶. La première s'entend de « la détention provisoire subie par une personne au cours d'une procédure terminée à son égard par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement, devenue définitive » ; tandis que la détention provisoire irrégulière ou illégale est « celle qui a été décidée dans des conditions, de fond ou de forme, contraires aux dispositions de l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et aux dispositions légales internes du Code de procédure pénale ». Cette seconde hypothèse de privation de liberté apparaît comme « la plus grave et la plus redoutée », elle est dite « arbitraire en référence au risque lui servant de fondement », et relève de l'édition d'incriminations particulières, notamment dans les articles 432-4 à 432-6 du Code pénal⁵⁷⁹⁷. A titre d'exemple, l'infraction pour laquelle l'individu est poursuivi ne permet pas la mise en détention provisoire, ou celle-ci se voit prolongée au-delà des différents délais butoirs prévus en matière criminelle et correctionnelle⁵⁷⁹⁸. Quant à la détention abusive au sens strict du terme⁵⁷⁹⁹, elle renvoie à une détention provisoire « qui n'était ni illégale lors de son prononcé ou de sa prolongation ni injustifiée dans la mesure où elle a été suivie d'une décision de condamnation », mais s'avère « en tout ou partie abusive ou excessive en soi ou dans sa durée ». Il en va ainsi du détenu provisoire non condamné finalement « à une peine privative de liberté "couvrant" en totalité la détention provisoire, soit qu'il n'ait pas été condamné à une peine d'emprisonnement ferme, soit qu'il ait été condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure à celle de la détention provisoire »⁵⁸⁰⁰.

1226. La détention provisoire injustifiée ouvre droit à réparation sur le fondement des articles 149 et suivants du C.P.P.⁵⁸⁰¹. Instituée par la loi n°70-643 du 17 juillet 1970⁵⁸⁰², la Commission nationale d'indemnisation en matière de détention provisoire⁵⁸⁰³, devenue la Commission nationale de réparation des détentions depuis une loi du 30 décembre 2000, s'attache à examiner la « réparation intégrale du préjudice moral et matériel » causé par la détention provisoire dont a fait l'objet une personne, et pour laquelle la procédure a été terminée par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement devenue

⁵⁷⁹⁶ S. CIMAMONTI, La détention provisoire (...), *op. cit.*, n°3 et s., p. 148 et s.

⁵⁷⁹⁷ *Adde*, art. 224-1 à 224-5 du C.P., s'agissant des atteintes aux libertés de la personne (infraction d'enlèvement et celle de séquestration). Il faut songer à leur application dans le cadre de l'article 73 du C.P.P., en particulier en cas d'abus manifeste.

⁵⁷⁹⁸ S. CIMAMONTI, *op. cit.*, n°4, p. 149.

⁵⁷⁹⁹ Toute détention illégale ou arbitraire étant nécessairement abusive, elle constitue d'ailleurs un « abus d'autorité » selon le Code pénal (art. 432-4 du C.P.).

⁵⁸⁰⁰ S. CIMAMONTI, *op. cit.*, n°5, p. 150.

⁵⁸⁰¹ Sur la question, D. KARSENTY, La réparation des détentions, J.C.P., 2003, I, 108.

⁵⁸⁰² La doctrine avait appelé de ses vœux la réparation de la détention « abusive » : V. J. LEAUTE, Pour une responsabilité de la puissance publique en cas de détention préventive abusive, D., 1966, chron., p. 61 et s. De leur côté, les juges du fond ont parfois retenu des solutions audacieuses, admettant la responsabilité de l'Etat à raison d'une détention provisoire abusive : V. A. DU CHEYRON DU PAVILLON, L'indemnisation de la détention provisoire non justifiée, Les cahiers du droit, 1985, p. 129 et s., spéc. p. 137.

⁵⁸⁰³ Pour une étude de cette commission ayant le caractère d'une juridiction civile, G. AZIBERT, La commission nationale d'indemnisation en matière de détention provisoire, Rev. sc. crim., 1985, p. 517 et s.

définitive⁵⁸⁰⁴. Elle statue sur le recours formé contre l'ordonnance motivée rendue par le premier président de la cour d'appel, lequel doit être saisi par une requête de ladite personne dans les six mois de la décision reconnaissant l'innocence⁵⁸⁰⁵. Pour calculer la durée d'une détention provisoire, doivent être pris en compte le jour du placement en détention et celui de la remise en liberté⁵⁸⁰⁶. En cas d'appel interjeté contre un jugement de condamnation rendu sur comparution immédiate ayant ordonné son placement en détention, l'appelant, qualifié de prévenu détenu par l'article 397-4 du C.P.P., bénéficie des dispositions de l'article 149 de ce Code si la procédure se termine par une décision de relaxe⁵⁸⁰⁷. La personne peut aussi solliciter une indemnisation si l'annulation de pièces de la procédure d'instruction ne laisse subsister aucun fait dont le juge d'instruction serait saisi à son égard, ce qui rend la procédure inexistante vis-à-vis d'elle et la prive de la possibilité d'obtenir un non-lieu⁵⁸⁰⁸. Aucune réparation n'est due, en revanche, lorsque la décision a pour seul fondement la reconnaissance de l'irresponsabilité de la personne au sens de l'article 122-1 du Code pénal⁵⁸⁰⁹ ou l'amnistie postérieure à son incarcération⁵⁸¹⁰. Il en va de même si cette privation de liberté tient au fait que l'individu s'est volontairement accusé ou laissé accuser à tort afin de faire échapper l'auteur des faits aux poursuites⁵⁸¹¹. Si elle mérite réparation, la détention provisoire injustifiée ne constitue pas pour autant une infraction pénale. Elle n'appelle donc pas à être développée davantage dans le cadre de cette étude consacrée aux actes coercitifs arbitraires.

1227. Au contraire, la détention illégale mérite plus d'attention, car elle tombe sous le coup de la loi, en particulier des articles 432-4 du C.P., 126 et 725 du C.P.P. L'article 5 §5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme prévoit un droit à réparation seulement dans ce cas, non dans celui de la détention provisoire injustifiée⁵⁸¹². Il a été fait observer, à juste titre, que « ni la Convention ni l'un de ses protocoles ne proclament le droit à indemnisation des victimes d'une détention provisoire

⁵⁸⁰⁴ Art. 149 du C.P.P. Avant la réforme réalisée par la loi n°96-1235 du 30 décembre 1996, relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme (Procédures, 1997, comm. n°43, obs. J. BUISSON), il existe une condition supplémentaire à la réparation d'une détention provisoire induite. Pour obtenir celle-ci, l'intéressé doit démontrer un « préjudice anormal et d'une particulière gravité » (Sur ce point, A. DU CHEYRON DU PAVILLON, *op. cit.*, p. 145 à 147). Cette condition disparue, la réparation a été facilitée (V. D. KARSENTY, *op. cit.*, n°11 à 19 ; V. CHAPELLE-BOUCHARD, *Le droit de recours (...)*, *op. cit.*, n°166, p. 121 et 122).

⁵⁸⁰⁵ Art. 149-2 et 149-3 du C.P.P.

⁵⁸⁰⁶ Cass. CNRD, 10 oct. 2011, Bull. crim., CNRD, n°6.

⁵⁸⁰⁷ Cass. CNRD, 15 oct. 2012, Bull. crim., CNRD, n°5.

⁵⁸⁰⁸ Cass. CNRD, 15 avril 2013, Bull. crim., CNRD, n°2.

⁵⁸⁰⁹ Pour une critique convaincante de cette cause d'exclusion de l'indemnisation : F. DEFFERRARD, *Le suspect (...)*, *op. cit.*, p. 78 et 79.

⁵⁸¹⁰ Pour l'hypothèse de la prescription : Cass. CNRD, 6 fév. 2012, Bull. crim., CNRD, n°1. Aucune réparation n'est due à la personne ayant fait l'objet d'une détention provisoire lorsque la décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement a pour seul fondement la prescription de l'action publique intervenue après la libération de la personne. Mais la constatation de la prescription de l'infraction, qui résulte de l'annulation des actes de poursuite ou d'instruction, ne constitue pas le seul fondement de la non déclaration de culpabilité (demande recevable).

⁵⁸¹¹ Art. 149 du C.P.P. V. aussi, C. SAMET, *La mise en détention provisoire*, R.P.D.P., 1999, p. 547 et s., spéc. p. 553 et 554. Le droit algérien apparaît aussi en ce sens : V. M. MAOUENE, *L'affirmation du principe de réparation à raison d'une détention provisoire injustifiée en droit algérien : l'apport du droit pénal français*, R.P.D.P., 2010, p. 397 et s., spéc. p. 407 et 408.

⁵⁸¹² Tout comme l'article 9 §5 du Pacte de New York, selon lequel « tout individu victime d'arrestation ou de détention illégales a droit à réparation ».

injustifiée, les poursuites dirigées contre elles ayant donné lieu à une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement »⁵⁸¹³. Le paragraphe 5 se contente de garantir « le droit à réparation de toute victime d'une détention contraire aux dispositions de l'article 1, c'est-à-dire contraire aux dispositions légales internes d'un Etat ou "irrégulière" au sens européen du terme »⁵⁸¹⁴. En présence d'une détention ne violant ni l'article 5 ni les prescriptions légales internes⁵⁸¹⁵, aucun droit à indemnisation n'est consacré en droit européen. Il revient aux Etats de légiférer comme ils le souhaitent en cette matière⁵⁸¹⁶. Une telle position apparaît compréhensible. Au moment où l'acte coercitif est décidé, il peut fort bien s'imposer tout en respectant les garanties de l'article 5. Il faut se placer à ce moment précis pour apprécier la pertinence de l'acte et non après-coup⁵⁸¹⁷. « Il n'est certes pas anormal ou scandaleux de prévoir une indemnisation en cas d'issue heureuse pour le justiciable (bien au contraire), mais la solution retenue sur le plan européen est juridiquement inattaquable et découle du principe même de la présomption d'innocence »⁵⁸¹⁸. En réparant les détentions provisoires injustifiées, le droit interne se révèle plus protecteur des intérêts des personnes mises hors de cause que le droit européen⁵⁸¹⁹.

1228. Ce dernier impose le droit à réparation lorsque l'individu a fait l'objet d'une détention injuste, c'est-à-dire lorsqu'il a été arrêté et détenu dans une hypothèse non prévue par les alinéas a) à f) de l'article 5 §1 de la Convention. Il l'impose encore pour une privation de liberté illégale. Bien que prévue par le texte, celle-ci méconnaît ses exigences⁵⁸²⁰. L'irrespect des conditions de forme, incluant les questions de délai, engendre surtout la violation de l'article 5 et ouvre la voie de l'indemnisation. Qu'il s'agisse de son prononcé, son maintien ou sa prolongation, la détention provisoire suppose toujours l'indépendance et l'impartialité des magistrats⁵⁸²¹, le respect des différents délais (ils ne

⁵⁸¹³ R. KOERING-JOULIN, L'indemnisation des victimes d'erreurs judiciaires. La réforme nécessaire de l'article 626, alinéa 3, du Code de procédure pénale, in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges P. DRAI, Dalloz, 2000, p. 65 et s., spéc. p. 70. Pour une réaffirmation de ce principe : CEDH, 13 juill. 2010, *Tendam / Espagne*, n°25720/05, §36 ; R.I.D.P., 2010, p. 646, n°19, obs. L. MORTET ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, *Dr. pénal*, 2011, chron. préc., spéc. n°23.

⁵⁸¹⁴ *Ibid.* L'auteur précise que « la "régularité" de la détention suppose sa conformité au droit interne mais aussi au "but des restrictions autorisées par l'article 5. 1 : protéger l'individu contre l'arbitraire" » ; CEDH, 27 juill. 2006, *Zervudacki / France*, préc., §42 et 43, sur le déferement à l'issue de la garde à vue. *Adde*, F. TEITGEN, obs. sur CEDH, 29 fév. 1988, *Bouamar / Belgique*, n°9106/80, *Rev. sc. crim.*, 1988, p. 577, spéc. p. 578, soulignant qu'« on peut concevoir une privation de liberté parfaitement conforme au droit interne, tant du point de vue du fond que de celui de la procédure mais qui pourrait encore être condamnée par la Cour car, malgré le respect de la législation interne, cette privation de liberté serait arbitraire ».

⁵⁸¹⁵ V. à cet égard, CEDH, 29 fév. 1988, *Bouamar / Belgique*, préc., §47.

⁵⁸¹⁶ R. KOERING-JOULIN, *op. et loc. cit.* Dans ses arrêts, la Cour européenne impose l'existence d'une procédure en droit interne permettant de demander réparation pour une privation de liberté jugée contraire à l'article 5 de la Convention par la Cour : V. par ex., CEDH, 30 avril 2013, *Tymoshenko / Ukraine*, n°49872/11 (en anglais), §285 à 288.

⁵⁸¹⁷ J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen (...)*, *op. cit.*, n°258, p. 317.

⁵⁸¹⁸ *Ibid.*

⁵⁸¹⁹ Il convient de signaler que l'Etat est tenu d'effacer « autant que faire se peut les conséquences de la violation (de la Convention). (...) Le versement d'une indemnité ne suffit pas (...) : celui qui est détenu arbitrairement a besoin d'être libéré » : G. COHEN-JONATHAN, *Quelques considérations sur la réparation accordée aux victimes d'une violation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Mélanges P. LAMBERT, Bruylant, 2000, p. 109 et s., spéc. p. 129.

⁵⁸²⁰ V. R. KOERING-JOULIN, Article 5 §5, in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *Economica*, 2^{ème} éd., 1999, p. 235 et s.

⁵⁸²¹ Par ex., CEDH, 23 oct. 1990, *Huber / Suisse*, préc., §43, pour un magistrat ayant la possibilité d'intervenir ultérieurement à l'audience en qualité de partie poursuivante (impartialité objective entachée).

doivent être ni dépassés ni trop longs)⁵⁸²², elle ne doit pas reposer sur une motivation stéréotypée⁵⁸²³... Afin d'obtenir réparation devant la Cour européenne, il faut que la violation ait été constatée par les autorités nationales et que le requérant ait épuisé les voies de recours internes⁵⁸²⁴. Le préjudice matériel ou moral subi doit présenter « un lien de causalité le rattachant à la violation que la Cour a constatée » eu égard à la détention endurée⁵⁸²⁵. Enfin, les instances européennes ont posé une distinction, délicate à mettre en œuvre, entre « droit » à réparation et « faculté » d'obtenir réparation. Le droit à réparation impliquerait que le demandeur soit indemnisé dès lors que les conditions posées par la loi sont réunies. En cas de simple faculté, le juge interne disposerait d'un pouvoir d'appréciation du préjudice pouvant aller jusqu'au refus d'indemnisation, à partir du moment où les conditions légales sont remplies⁵⁸²⁶. Les contraintes physiques exercées à l'égard des personnes revêtent parfois une autre forme que l'arrestation et la détention arbitraires. Elles s'avèrent encore plus choquantes lorsqu'elles consistent en des actes de violence et de torture.

2°- Les actes de violence et de torture

1229. Les violences commises par une personne dépositaire de l'autorité publique se distinguent des actes attentatoires à la liberté individuelle. Il s'agit d'infractions différentes pouvant justifier des poursuites distinctes⁵⁸²⁷. Dans son article 186, le Code pénal de 1810 disposait que « lorsqu'un fonctionnaire ou officier public, un administrateur, un agent ou un préposé du gouvernement ou de la police, un exécuter des mandats de justice, ou des jugements, un commandant en chef ou un sous ordre de la force publique, aura, sans motif légitime, usé ou fait user de violences envers les personnes, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, il sera puni suivant la nature et la gravité des violences, en élevant la peine suivant la règle posée par l'article 198 ci-après »⁵⁸²⁸. Le Code pénal actuel organise la répression de telles violences, en fonction de leur gravité, aux articles 222-8, 7^o⁵⁸²⁹,

⁵⁸²² Par ex., CEDH, 29 nov. 1988, *Brogan et autres / Royaume-Uni*, préc., s'agissant de la promptitude avec laquelle l'individu doit être présenté à un magistrat au sens de l'article 5 §3 de la Convention. Il peut s'agir en outre du bref délai dans lequel le tribunal doit répondre aux demandes de mise en liberté.

⁵⁸²³ Par ex., CEDH, 1^{er} juill. 2008, *Calmanovici / Roumanie*, préc., §99. Sur l'ensemble de la question, R. KOERING-JOULIN, Article 5 §5, *op. cit.*, p. 235 et 236.

⁵⁸²⁴ V. CEDH (Gr. ch.), 18 déc. 2002, *N.C. / Italie*, n°24952/94, §49.

⁵⁸²⁵ CEDH, 7 mai 1974, *Neumeister / Autriche*, n°1936/63, §40. Des violations de l'article 5 §5 sont donc constatées en l'absence de toute possibilité d'introduire une demande en indemnité devant les juridictions nationales : V. CEDH, 29 mai 1997, *Tsirlis et Kouloumpas / Grèce*, n°19233/91, 19234/91, §66 ; Rev. sc. crim., 1998, p. 385, obs. R. KOERING-JOULIN ; CEDH, 22 déc. 2004, *Bojilov / Bulgarie*, n°45114/98, §79 à 83.

⁵⁸²⁶ V. CEDH, 29 mai 1997, *Georgiadis / Grèce*, n°21522/93, not. §30 à 36, 42 et 43 ; CEDH, 24 nov. 1997, *Werner / Autriche*, n°138/1996/757/956. Il ressort de ces décisions que s'il y a droit à réparation dans la législation interne, la procédure doit respecter les garanties du procès équitable, celles prévues par l'article 6 §1 de la Convention. S'il s'agit, au contraire, d'une simple faculté, le « tribunal » saisi de la contestation sur ce droit de caractère civil n'est pas soumis aux dispositions de l'article 6 §1. V. à cet égard, R. KOERING-JOULIN, L'indemnisation (...), *op. cit.*, p. 70 et 71.

⁵⁸²⁷ Cass. crim., 21 avril 1998, Bull. crim., n°140.

⁵⁸²⁸ Pour une étude de ce texte : A. BOSSARD, Les crimes et délits commis par les fonctionnaires de police contre l'intégrité physique des particuliers (essai sur les « violences policières »), Thèse, Paris, 1953, p. 27 et s.

⁵⁸²⁹ Pour les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner.

222-10, 7^o⁵⁸³⁰, 222-12, 7^o⁵⁸³¹ et 222-13, 7^o⁵⁸³², tandis que l'article 222-3, 7^o réprime le fait de soumettre une personne à des tortures ou à des actes de barbarie.

1230. Lors de l'interpellation d'un suspect, à supposer que les textes permettent la violence, celle-ci doit toujours être utilisée avec parcimonie et dans la seule mesure où elle se révèle indispensable au regard de la gravité du fait reproché⁵⁸³³. L'usage d'une force nécessaire et proportionnée aux conditions de l'arrestation s'applique aux A.P.J. et O.P.J. comme aux simples particuliers, investis du pouvoir d'appréhender l'auteur présumé d'une infraction flagrante et de le conduire devant l'O.P.J. le plus proche en vertu de l'article 73 du C.P.P.⁵⁸³⁴. A défaut, une interpellation trop violente peut, au regard des circonstances propres à l'espèce, entraîner une violation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle engendre parfois la mort de l'individu, méconnaissant alors l'article 2 de cette Convention qui protège le droit à la vie⁵⁸³⁵. Elle provoque, plus généralement, une violation de son article 3. Aux termes de ce texte, qui « consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques »⁵⁸³⁶, « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants »⁵⁸³⁷. Encore faut-il qu'il existe des éléments de preuve suffisants, « au-delà de tout doute raisonnable », démontrant que les blessures infligées résultent bien d'actes commis par les autorités publiques agissant dans l'exercice de leurs fonctions⁵⁸³⁸.

⁵⁸³⁰ Pour les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente.

⁵⁸³¹ Pour les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours.

⁵⁸³² Pour les violences ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail.

⁵⁸³³ V. déjà, Cass. crim., 6 août 1932, Bull. crim., n°203. V. récemment, Cass. crim., 18 juin 2013, Bull. crim., n°142 (emploi excessif de la force par des fonctionnaires de police ayant entraîné une incapacité totale de travail de plus de 8 jours).

⁵⁸³⁴ Cass. crim., 13 avril 2005, Bull. crim., n°131 ; Procédures, 2005, comm. n°215, note J. BUISSON, rejetant le pourvoi formé par le prévenu, un particulier, contre l'arrêt l'ayant déclaré coupable de violences avec arme lors de l'arrestation de l'auteur d'un délit flagrant, l'usage de la contrainte ayant été disproportionné ; Cass. crim., 28 mars 2006, Bull. crim., n°88 ; R.P.D.P., 2006, p. 613, obs. E. VERNY (la chambre criminelle se montre stricte, exigeant que l'action soit « absolument nécessaire », notamment en cas de mort de l'individu comme ici).

⁵⁸³⁵ Par ex., CEDH, 9 oct. 2007, *Saoud / France*, préc., pour une contention au sol pratiquée par des policiers sur un individu violent pendant trente-cinq minutes, lequel décède par asphyxie.

⁵⁸³⁶ CEDH (Gr. ch.), 28 juill. 1999, *Selmouni / France*, préc., §95 ; CEDH (Gr. ch.), 6 avril 2000, *Labita / Italie*, préc., §119. Cela signifie que « même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. L'article 3 ne prévoit pas de restrictions, (...) et d'après l'article 15 §2 il ne souffre nulle dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation » (*ibid*). Ce droit de ne pas être torturé et de ne pas subir de traitements inhumains et dégradants constituerait à la fois un droit fondamental et un droit intangible. Il semblerait même que ce soit le seul à appartenir aux deux catégories : V. F. SUDRE, Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ?, *op. cit.*, n°16, p. 391 et n°25, p. 397 ; F. SUDRE, Existe-t-il un ordre public européen ?, in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, 1996, p. 39 et s., spéc. p. 54 et 55, 57 et 58.

⁵⁸³⁷ V. CEDH, 23 fév. 2006, *Tzekov / Bulgarie*, n°45500/99, §52 à 66 ; J.C.P., 2006, I, 164, n°1, obs. F. SUDRE (blessure par balles en plastique du requérant lors de son arrestation par la police, application des principes dégagés sur le fondement de l'article 2 de la Convention à propos de l'usage des armes à feu) ; CEDH, 16 déc. 2008, *Rupa / Roumanie*, n°58478/00, not. §115 à 121 et §144 à 153 ; CEDH, 24 fév. 2009, *Toma / Roumanie*, préc., §52 à 54 ; CEDH, 14 avril 2009, *Olteanu / Roumanie*, préc., §71 à 73 ; CEDH, 3 oct. 2013, *Douet / France*, préc., §30 à 39 (recours à la force disproportionnée par des gendarmes lors de l'interpellation).

⁵⁸³⁸ CEDH, 22 sept. 1993, *Klaas / Allemagne*, n°15473/89, §30 et 31 ; J.C.P., 1994, I, 3742, n°7, obs. F. SUDRE ; CEDH, 24 janv. 2008, *Milan / France*, préc., §46 à 65 (traces de coups liées aux conditions d'une interpellation « tumultueuse », mais absence de violation de l'article 3, les allégations du requérant étant écartées car elles sont contradictoires et ont varié durant la procédure) ; CEDH, 28 avril 2009, *Ersoy et Aslan / Turquie*, n°16087/03, §24 et 25 ; R.I.D.P., 2009, p. 619, n°12, obs. C. MENABE.

1231. L'arrestation n'est pas le seul acte coercitif à pouvoir occasionner des violences et, de manière plus générale, des traitements contraires à l'article 3 de la Convention. Il arrive qu'un contrôle et une vérification d'identité dégénèrent, lorsque les policiers font usage d'une force disproportionnée à l'encontre de l'individu dont l'identité est vérifiée au commissariat de police⁵⁸³⁹. C'est toutefois au cours de la garde à vue que les abus policiers apparaissent les plus nombreux⁵⁸⁴⁰. Les multiples condamnations européennes pour des sévices pratiqués durant l'exécution de cet acte coercitif le montre⁵⁸⁴¹. Les faits litigieux demeurent qualifiés soit de traitement inhumain et dégradant⁵⁸⁴², sous réserve qu'ils atteignent un minimum de gravité⁵⁸⁴³. L'évaluation de ce minimum dépend de l'appréciation « de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux, ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la victime, etc »⁵⁸⁴⁴. Dans l'affaire *Selmouni*, la Cour de Strasbourg a d'ailleurs souligné le caractère évolutif d'une telle appréciation, puisque « compte tenu de ce que la Convention est un "instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles", (...) certains actes autrefois qualifiés de "traitements inhumains et dégradants", et non de "torture", pourraient recevoir une qualification différente à l'avenir »⁵⁸⁴⁵. Les actes reprochés constituent soit des actes de torture, forme particulière

⁵⁸³⁹ CEDH, 4 nov. 2010, *Darraj / France*, n°34588/07, §38 à 44 ; Procédures, 2010, comm. n°420, obs. J. BUISSON. En l'espèce, les coups portés par les policiers ont provoqué de multiples lésions justifiant une incapacité temporaire totale de vingt et un jours. Il y a violation de l'article 3 pour traitements inhumains et dégradants. En effet, « si l'agitation du requérant pouvait conduire les fonctionnaires à exercer une forme de contrainte pour éviter d'éventuels débordements », (...) « il n'existait aucun risque sérieux et imminent pouvant justifier l'emploi d'une telle force par les policiers » (§43).

⁵⁸⁴⁰ Sur l'idée, H. THIERRY, Les violations des droits de l'homme, Mélanges G. COHEN-JONATHAN, vol. II, Bruylant, 2004, p. 1551 et s., spéc. p. 1555 et 1556. Il faut noter qu'on trouve dans les articles 5 et 6 de la Convention les « bases qui permettent largement les recours contre les abus policiers qui peuvent se manifester dans les premières phases de la procédure pénale préparatoire » : R. LEGEAIS, Constitution française, Convention européenne des droits de l'homme et protection des personnes contre les abus policiers, Mélanges R. LEGEAIS, Cujas, 2003, p. 237 et s., spéc. p. 245.

⁵⁸⁴¹ V. D. BATSELE, Police et droits de l'homme : une nécessaire conciliation, *op. cit.*, n°7, p. 55 à n°10, p. 61.

⁵⁸⁴² CEDH, 27 août 1992, *Tomasi / France*, préc., §112 à 116 ; CEDH, 4 déc. 1995, *Ribitsch / Autriche*, préc., §34 à 40 (sévices ayant entraîné des blessures) ; CEDH, 9 juin 1998, *Tekin / Turquie*, n°52/1997/836/1042, §52 à 54 ; J.C.P., 1999, I, 105, n°12, obs. F. SUDRE ; Rev. sc. crim., 1999, p. 387, obs. R. KOERING-JOULIN (cellule sombre et froide, yeux bandés, coups portés lors de l'interrogatoire) ; CEDH, 1^{er} avril 2004, *Rivas / France*, préc., §39 à 42 (intervention chirurgicale en urgence en raison d'une « fracture testiculaire avec volumineux hématome ») ; CEDH (Gr. ch.), 11 juillet 2006, *Jalloh / Allemagne*, préc., §69 à 83 (administration de force, dans un cadre hospitalier et sous contrôle médical, d'un émétique à un individu, soupçonné de trafic de drogue, ayant avalé des sachets de cocaïne au moment de son arrestation) ; CEDH, 17 juin 2008, *Karaduman et autres / Turquie*, n°8810/03, §64 à 72 ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2009, chron. préc., spéc. n°5 ; CEDH, 24 juin 2008, *Iambor / Roumanie*, préc., §151 à 180 ; CEDH, 31 juill. 2008, *Vasil Petrov / Bulgarie*, n°57883/00, §71 à 73 ; R.I.D.P., 2008, p. 472, n°25, obs. C. MENABE ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2009, chron. préc., spéc. n°8 (qualification de torture écartée) ; CEDH (Gr. ch.), 1^{er} juin 2010, *Gäfgen / Allemagne*, préc., §91 et 108 (« une menace de torture peut s'analyser en torture, la torture couvrant par nature les souffrances physiques comme mentales ». La méthode d'interrogatoire n'a pas eu le niveau de cruauté requis pour atteindre le seuil de torture, la qualification de traitement inhumain est donc retenue) ; CEDH, 12 oct. 2010, *Umar Karatepe / Turquie*, préc., §56 à 65.

⁵⁸⁴³ Le traitement est inhumain s'il a été appliqué avec préméditation pendant une longue durée et s'il a causé soit des lésions corporelles, soit de vives souffrances physiques ou mentales. Le traitement dégradant apparaît, lui, comme de nature à créer des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à humilier, avilir et briser éventuellement la résistance physique ou morale de la personne qui en est victime, ou à la conduire à agir contre sa volonté ou sa conscience. Sur ces notions : CEDH (Gr. ch.), 11 juill. 2006, *Jalloh / Allemagne*, préc., §68.

⁵⁸⁴⁴ CEDH (Gr. ch.), 28 juill. 1999, *Selmouni / France*, préc., §100 ; CEDH, 16 fév. 2010, *Alkes / Turquie*, n°3044/04, not. §32 et 43 ; R.I.D.P., 2010, p. 336, n°24, obs. C. MENABE (le statut de mineur exige une protection accrue) ; CEDH (Gr. ch.), 1^{er} juin 2010, *Gäfgen / Allemagne*, préc., §88. V. aussi, J. CALLEWAERT, L'article 3 de la Convention européenne : une norme relativement absolue ou absolument relative ?, *Liber amicorum M.-A. EISSEN*, Bruylant-L.G.D.J., 1995, p. 13 et s., spéc. p. 32 à 35.

⁵⁸⁴⁵ §101. V. J.-F. FLAUSS, La Cour de Strasbourg face aux violations systématiques des droits de l'homme, Mélanges P. LAMBERT, Bruylant, 2000, p. 343 et s., spéc. p. 349, pour qui « l'avancée la plus spectaculaire de la jurisprudence

de mauvais traitements et qualification davantage infamante⁵⁸⁴⁶. Entre la notion de traitements inhumains ou dégradants et celle de torture, il existe une différence de degré ou d'intensité des souffrances infligées. Telle que consacrée par la Convention, la qualification de torture marque d'une spéciale infamie des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances et implique une volonté délibérée⁵⁸⁴⁷.

1232. La torture a été appréhendée par l'article 1^{er} de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 3 décembre 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987. Elle y est définie comme tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir ou de l'intimider. Ces douleurs sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel, à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite⁵⁸⁴⁸. Or, tout usage de la force physique non strictement nécessaire sur une personne placée en garde à vue, c'est-à-dire dans une situation de vulnérabilité car privée de liberté, s'avère interdit⁵⁸⁴⁹. Afin de faciliter la mise en œuvre de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, le juge européen a établi une véritable présomption de causalité des blessures, opérant un renversement de la charge de la preuve. En effet, « lorsqu'un individu est placé en garde à vue alors qu'il se trouve en bonne santé et que l'on constate qu'il est blessé au moment de sa libération, il incombe à l'Etat de fournir une explication plausible pour l'origine des blessures »⁵⁸⁵⁰. Cette présomption demeure beaucoup plus délicate à établir pour l'arrestation de la personne, eu égard à son caractère quasi-instantané⁵⁸⁵¹.

européenne réside dans le recours à la doctrine du "droit vivant" aux fins de réactualisation de qualifications précédemment retenues au titre de l'article 3 de la Convention ».

⁵⁸⁴⁶ Sur cette qualification, CEDH, 18 déc. 1996, *Aksoy / Turquie*, préc., §64 (« pendaison palestinienne ») ; CEDH, 25 sept. 1997, *Aydin / Turquie*, n°57/1996/676/866, §§83 à 87 ; J.C.P., 1998, I, 107, n°6, obs. F. SUDRE (viol et « série d'expériences particulièrement terrifiantes et humiliantes ») ; CEDH (Gr. ch.), 28 juill. 1999, *Selmouni*, préc., §98 à 106 (actes de violence physique et mentale qui ont provoqué des douleurs et des souffrances « aiguës » et revêtent un caractère particulièrement grave et cruel) ; CEDH, 11 juill. 2000, *Dikme / Turquie*, préc., §92 à 97 ; CEDH, 24 janv. 2008, *Maslova et Nalbandov / Russie*, n°839/02, §106 à 108 ; R.I.D.P., 2008, p. 217, obs. C. MICHALSKI (coups, suffocation, chocs électriques et viol en garde à vue, torture pour la première requérante) ; CEDH, 15 juill. 2010, *Gelayevy / Russie*, n°20216/07 (en anglais), à propos d'une oreille coupée notamment.

⁵⁸⁴⁷ CEDH, 18 janv. 1978, *Irlande / Royaume-Uni*, préc., §167, sur les cinq techniques de « désorientation » ou de « privation sensorielle », constitutives de traitements inhumains et dégradants (§168) ; CEDH, 18 déc. 1996, *Aksoy / Turquie*, préc., §63 ; CEDH, 25 sept. 1997, *Aydin / Turquie*, préc., §82 ; CEDH (Gr. ch.), 28 juill. 1999, *Selmouni / France*, préc., §96 ; CEDH (Gr. ch.), 1^{er} juin 2010, *Gäfgen / Allemagne*, préc., §90.

⁵⁸⁴⁸ *Adde*, sur la torture : Y. THOMAS, Les procédures de la majesté. La torture et l'enquête depuis les Julio-Claudiens, Mélanges à la mémoire de A. MAGDELAIN, L.G.D.J., 1998, éd. Panthéon Assas, p. 477 et s. ; P. LEUPRECHT, Résurgence de la bête immonde – retour et banalisation de la torture, Mélanges PETROS J. PARARAS, éd. Ant. N. Sakkoulas-Bruylant, p. 349 et s. (torture aux Etats-Unis après le 11 septembre 2001) ; A. ASTAING, N. BASTUCK, De la « géhenne de Florence » à la privation de sommeil en garde à vue, A.J. pénal, 2009, p. 347 et s. ; F. DEBOVE, L'aveu, in Code pénal et Code d'instruction criminelle, *op. cit.*, p. 347 et s.

⁵⁸⁴⁹ CEDH, 4 déc. 1995, *Ribitsch / Autriche*, préc., §38, le recours à la force physique portant atteinte à la dignité humaine et constituant, en principe, une violation de l'article 3 de la Convention ; CEDH (Gr. ch.), 28 juill. 1999, *Selmouni / France*, préc., §99. Sur la question, F. SUDRE, L'article 3 bis de la Convention européenne des droits de l'homme : le droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine, Mélanges G. COHEN-JONATHAN, vol. II, Bruylant, 2004, p. 1499 et s., spéc. p. 1504.

⁵⁸⁵⁰ CEDH (Gr. ch.), 28 juill. 1999, *Selmouni / France*, préc., §87 ; CEDH, 24 janv. 2008, *Maslova et Nalbandov / Russie*, préc., §99 et 100 ; CEDH (Gr. ch.), 1^{er} juin 2010, *Gäfgen / Allemagne*, préc., §92 ; CEDH, 25 nov. 2008, *Dagdelen et autres /*

1233. Des obligations positives de protection de l'intégrité physique des individus privés de liberté pèsent sur l'Etat en vertu de l'article 3 précité⁵⁸⁵². Il lui faut administrer les soins médicaux appropriés en cas de blessures subies lors d'une arrestation violente ou au cours d'une garde à vue⁵⁸⁵³. Non seulement il doit faire constater ces blessures au moyen de certificats médicaux détaillés et établis à bref délais⁵⁸⁵⁴. Mais il doit encore faire procéder aux interventions médicales dictées par une nécessité thérapeutique, au besoin contre la volonté de la personne détenue. Dans cette hypothèse, la mesure « ne saurait en principe passer pour inhumaine ou dégradante » si une telle nécessité a été suffisamment démontrée et que les garanties procédurales devant entourer la décision ont été respectées⁵⁸⁵⁵. Une intervention chirurgicale forcée peut être réalisée à des fins thérapeutiques, mais aussi en vue de recueillir la preuve de l'infraction, en particulier lorsque le suspect a avalé les stupéfiants⁵⁸⁵⁶. Pratiquée sous la contrainte, celle-ci suppose de respecter certaines exigences⁵⁸⁵⁷. Il faut s'assurer qu'elle ne lui a pas causé de vives douleurs ou souffrances physiques, vérifier si elle a bien été ordonnée et exécutée par des médecins, si le suspect a fait l'objet d'une surveillance médicale constante, enfin si l'intervention a entraîné une aggravation de son état de santé ou a eu des conséquences durables pour sa santé⁵⁸⁵⁸. Ce n'est cependant pas en raison d'un manque de protection de l'intégrité physique d'un suspect que la cassation a été prononcée dans un arrêt du 25 octobre 2011⁵⁸⁵⁹. Elle l'a été au motif que la juridiction d'instruction du second degré n'a pas recherché si un médecin avait lui-même constaté que l'état de santé de l'individu hospitalisé était compatible avec son audition et « si celle-ci pouvait ainsi se dérouler dans des conditions respectant les exigences résultant de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

1234. Dans le souci de garantir aux personnes des droits « concrets et effectifs », et non « théoriques et illusoire », la jurisprudence européenne a en outre dégagé une obligation procédurale d'enquête sur

Turquie, n°1767/03, 14246/04, 16584/04, §78 et 79 ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2009, chron. préc., spéc. n°13. Adde, J.-M. LARRALDE, L'article 3 CEDH et les personnes privées de liberté, in La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, 2006, C.-A. CHASSIN (dir.), p. 209 et s., not. p. 216 et 217.

⁵⁸⁵¹ V. CEDH, 22 sept. 1993, *Klaas / Allemagne*, préc., §30, distinguant bien les faits de l'espèce de ceux de l'affaire *Tomasi*, préc. ; CEDH, 28 avril 2009, *Ersoy et Aslan / Turquie*, préc., §24.

⁵⁸⁵² Sur l'exigence, pour l'acte coercitif, de respect de la santé de la personne, V. *supra*, n°1049 et s.

⁵⁸⁵³ CEDH (Gr. ch.), 27 juin 2000, *Ilhan / Turquie*, n°22277/93, §86 à 88 ; J.C.P., 2001, I, 291, n°11, obs. F. SUDRE (absence de soins médicaux pendant 36 heures, alors que les violences physiques infligées lors de l'arrestation ont entraîné des lésions cérébrales : torture) ; CEDH, 16 déc. 2008, *Levinta / Moldova*, préc. ; CEDH, 10 juin 2008, *Scoppola / Italie*, n°50550/06, §42 et 43 ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2009, chron. préc., spéc. n°10.

⁵⁸⁵⁴ Par ex., CEDH, 24 juin 2008, *Iambor / Roumanie*, préc., §168 et 177 ; CEDH, 2 avril 2009, *Muradova / Azerbaïdjan*, n°22684/05 (en anglais), §117 ; R.I.D.P., 2009, p. 619, n°12, obs. C. MENABE.

⁵⁸⁵⁵ CEDH (Gr. ch.), 11 juill. 2006, *Jalloh / Allemagne*, préc., §69 ; CEDH, 7 oct. 2008, *Bogumil / Portugal*, préc., §69.

⁵⁸⁵⁶ CEDH, 7 oct. 2008, *Bogumil*, préc.

⁵⁸⁵⁷ Ainsi « la nécessité de toute intervention médicale de force en vue de l'obtention de la preuve d'une infraction doit se trouver justifiée de manière convaincante au vu des circonstances de l'affaire. Cela vaut en particulier lorsque l'intervention vise à recueillir à l'intérieur du corps de la personne la preuve matérielle de l'infraction même dont elle est soupçonnée » : CEDH (Gr. ch.), 11 juill. 2006, *Jalloh*, préc., §71.

⁵⁸⁵⁸ CEDH (Gr. ch.), 11 juill. 2006, *Jalloh*, préc., §72 à 74 et 78, sur le risque pour la santé de l'administration de force d'un émétique ; CEDH, 7 oct. 2008, *Bogumil / Portugal*, préc., §70.

⁵⁸⁵⁹ Cass. crim., 25 oct. 2011, Bull. crim., n°216, préc. ; V. GEORGET, Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2012, chron. préc., spéc. n°24.

le fondement de l'article 3 de ladite Convention, à l'instar de celle découverte sur celui de l'article 2⁵⁸⁶⁰. L'extension de cette exigence de diligenter une enquête officielle sur de prétendus actes de torture ou mauvais traitements subis au cours de l'exécution d'un acte coercitif a été consacrée dans l'affaire *Assenov et autres / Bulgarie*⁵⁸⁶¹. Dans cet arrêt, un mineur de quatorze ans se plaignait de mauvais traitements subis lors de sa garde à vue. La Cour de Strasbourg vérifie alors si l'Etat a rempli son obligation positive de mener « une enquête officielle effective (...) lorsqu'un individu affirme de manière défendable avoir subi, aux mains de la police ou d'autres services comparables de l'Etat, de graves sévices illicites (...) ». Elle conclut à la violation de l'article 3 de la Convention, le gouvernement bulgare n'ayant pas diligenter « une enquête approfondie et effective » sur ces faits en vue de l'identification et de la punition des responsables⁵⁸⁶². Etendue par la suite aux détenus victimes de sévices de la part du personnel pénitentiaire⁵⁸⁶³, ainsi qu'aux conditions de détention contraaires à l'article 3⁵⁸⁶⁴, cette solution n'a jamais été abandonnée depuis lors⁵⁸⁶⁵.

1235. Ce mouvement de « procéduralisation » a permis à la Cour européenne d'imposer une obligation positive procédurale au sein du droit matériel de ne pas être soumis à la torture ou à des violences lors du déroulement d'un acte coercitif, tels l'arrestation, le contrôle et la vérification d'identité, la garde à vue, le défèrement ou la détention provisoire. Il apparaît primordial dans le but de faire sanctionner les débordements de la coercition⁵⁸⁶⁶. La protection conférée par l'article 3 se trouve renforcée, la responsabilité de l'Etat pouvant être engagée pour violation de ce texte en cas d'irrespect des dispositions substantielles et/ou de l'obligation procédurale⁵⁸⁶⁷. Il existe une sorte de dédoublement du droit protégé, puisque l'article 3 – à l'exemple de l'article 2 – se décline en deux

⁵⁸⁶⁰ V. entre autres, CEDH, 27 sept. 1995, *Mc Cann et autres / Royaume-Uni*, préc. ; CEDH, 19 fév. 1998, *Kaya / Turquie*, n°158/1996/777/978, §86 à 92 ; J.C.P., 1999, I, 105, n°10, obs. F. SUDRE ; Rev. sc. crim., 1999, p. 385, obs. R. KOERING-JOULIN et les autres arrêts cités (violation de l'article 2 en raison de l'absence d'enquête effective sur les circonstances de la mort). V. F. SUDRE, A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2001, I, 335, spéc. n°17 ; J.-P. COSTA, La Cour européenne des droits de l'homme : un juge qui gouverne ?, Mélanges G. TIMSIT, Bruylant, 2004, p. 67 et s., not. p. 73.

⁵⁸⁶¹ CEDH, 28 oct. 1998, *Assenov et autres / Bulgarie*, préc., §102. V. déjà, mais en combinant l'article 3 de la Convention avec son article 13 : CEDH, 18 déc. 1996, *Aksoy / Turquie*, préc., spéc. §98 à 100.

⁵⁸⁶² §106 de l'arrêt.

⁵⁸⁶³ CEDH (Gr. ch.), 6 avril 2000, *Labita / Italie*, préc., §131 à 136.

⁵⁸⁶⁴ F. SUDRE, L'article 3 bis de la Convention européenne des droits de l'homme (...), *op. cit.*, p. 1512 et 1513. V. par ex., CEDH, 9 juill. 2009, *Khider / France*, préc., §145 (transfèrements répétés et fouilles corporelles fréquentes).

⁵⁸⁶⁵ V. CEDH (Gr. ch.), 28 juill. 1999, *Selmouni / France*, préc., §79 ; CEDH, 24 juin 2008, *Iambor / Roumanie*, préc., §184 ; CEDH, 16 fév. 2010, *Alkes / Turquie*, préc., §35 ; CEDH, 11 oct. 2011, *Portmann / Suisse*, n°38455/06, §66 ; E. DREYER, Un an de droit européen (...), Dr. pénal, 2012, chron. préc., spéc. n°11.

⁵⁸⁶⁶ Sur l'expression de « procéduralisation » et sur ce thème : F. SUDRE, L'économie générale de l'article 3 CEDH, in La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, 2006, C.-A. CHASSIN (dir.), p. 7 et s., spéc. n°15, p. 14 ; E. DUBOUT, La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme, R.T.D.H., 2007, p. 397 et s., spéc. p. 397 et 398, préc. Sur la théorie des obligations positives, « conception offensive des libertés » : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, La conception des libertés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme, N.C.C.C., 2011, n°32, p. 19 et s.

⁵⁸⁶⁷ F. SUDRE, L'économie générale (...), *op. cit.*, n°16, p. 14. Sur le problème de l'articulation, dans l'appréciation de la Cour, entre obligation positive d'enquête et obligation substantielle : J.-F. AKANDJI-KOMBE, L'obligation positive d'enquête sur le terrain de l'article 3 CEDH, in La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, 2006, C.-A. CHASSIN (dir.), p. 123 et s., not. p. 135, indiquant que l'« on s'est parfois demandé si, sous le couvert de l'obligation d'enquête on n'assistait pas à un recentrage de la garantie de l'article 3, à une marginalisation de la norme de fond au profit des exigences de procédure » ; E. DUBOUT, *op. cit.*, p. 413 à 419.

volets : l'un substantiel, l'autre procédural. Si l'exigence d'enquête n'était pas requise, « nonobstant son importance fondamentale, l'interdiction légale générale de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants serait inefficace en pratique, et il serait possible dans certains cas à des agents de l'Etat de fouler aux pieds, en jouissant d'une quasi-impunité, les droits de ceux soumis à leur contrôle »⁵⁸⁶⁸. De ce point de vue, l'enquête officielle présente un intérêt majeur. Il est de surcroît indispensable qu'elle revête une certaine qualité, qu'elle soit effective, car elle tend à identifier et à punir les responsables des mauvais traitements⁵⁸⁶⁹. Elle doit être menée avec sérieux (de manière approfondie) et diligence (célérité avec laquelle elle est ouverte et conduite), ce qui est loin d'être toujours le cas, comme en témoignent les nombreuses violations du volet procédural de l'article 3⁵⁸⁷⁰. Les personnes en charge de l'enquête et celles qui effectuent les investigations doivent, bien entendu, être indépendantes de celles impliquées dans les événements. Cela suppose l'absence de tout lien hiérarchique ou institutionnel, mais aussi une indépendance pratique⁵⁸⁷¹.

1236. Il s'avère heureux que le juge européen pratique un contrôle rigoureux sur l'effectivité des procédures internes menées en vue de sanctionner les auteurs d'excès intolérables commis à l'occasion d'un acte coercitif. Il exerce, de la sorte, une pression sur les Etats pour que la lumière soit faite sur les allégations des personnes qui se prétendent victimes de ces agissements. Il convient encore d'approuver sa position relative à l'indifférence du mobile et de l'infraction ayant poussé les enquêteurs à employer de telles pratiques. L'affaire *Gäfgen* du 1^{er} juin 2010 mérite d'être saluée à ce titre⁵⁸⁷². Admettre la torture ou les brutalités policières pour des mobiles nobles, ou des infractions graves, ouvrirait une brèche dans la protection, très difficile à maîtriser. De multiples abus s'en

⁵⁸⁶⁸ CEDH, 28 oct. 1998, *Assenov et autres / Bulgarie*, préc., §102. Cette justification a été constamment reprise ensuite : CEDH (Gr. ch.), 6 avril 2000, *Labita / Italie*, préc., §131 ; CEDH, 17 juin 2008, *Karaduman et autres / Turquie*, préc., §73 ; CEDH, 24 fév. 2009, *Toma / Roumanie*, préc., §57 ; CEDH, 11 oct. 2011, *Portmann / Suisse*, préc., §66.

⁵⁸⁶⁹ Mais il n'y a obligation d'enquêter pour l'Etat que si l'allégation de mauvais traitements apparaît défendable, c'est-à-dire crédible. Sur ce point et, plus largement, sur la qualité de l'enquête : E. DUBOUT, *op. cit.*, p. 405 et 406 ; J.-F. AKANDJI-KOMBE, *op. cit.*, p. 130 à 134.

⁵⁸⁷⁰ Par ex., CEDH, 3 juin 2004, *Bati et autres / Turquie*, préc., §134 à 149 ; CEDH, 17 juin 2008, *Karaduman et autres / Turquie*, préc., §74 à 77 ; CEDH, 25 nov. 2008, *Dagdelen et autres / Turquie*, préc., §92 à 97 (manque de promptitude de la procédure qui a abouti à la prescription) ; CEDH, 16 déc. 2008, *Rupa / Roumanie*, préc., §122 à 128, §154 et 155 ; CEDH, 8 janv. 2009, *Iribarren Pinillos / Espagne*, n°36777/03, §48 à 58 ; E. DREYER, Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2009, chron. préc., not. n°13 ; CEDH, 24 fév. 2009, *Toma / Roumanie*, préc., §58 à 60 (malgré les allégations du requérant et les preuves apportées à l'appui de ses dires, les autorités n'ouvrent aucune enquête) ; CEDH, 25 mars 2010, *Angel Vaskov Angelov / Bulgarie*, n°34805/02, §51 à 55 ; R.I.D.P., 2010, p. 357, n°50, obs. C. MENABE ; CEDH, 1^{er} fév. 2011, *Yazgül Yilmaz / Turquie*, n°36369/06, §55 à 65 ; E. DREYER, Un an de droit européen (...), Dr. pénal, 2012, chron. préc., spéc. n°12 (problème de prescription).

⁵⁸⁷¹ CEDH, 3 juin 2004, *Bati et autres / Turquie*, préc., §135 ; CEDH, 12 oct. 2004, *Bursuc / Roumanie*, n°42066/98, §103 ; CEDH, 11 oct. 2011, *Portmann / Suisse*, préc., §67.

⁵⁸⁷² Préc., spéc. §107 de l'arrêt qui mérite d'être souligné. Il s'agissait de l'enlèvement d'un enfant dont on ignorait s'il était toujours en vie, le temps était donc compté. La Cour souligne que, « eu égard à l'article 3 et à sa jurisprudence constante, l'interdiction des mauvais traitements vaut indépendamment des agissements de la personne concernée ou de la motivation des autorités. La torture ou un traitement inhumain ou dégradant ne peuvent être infligés même lorsque la vie d'un individu se trouve en péril. Il n'existe aucune dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation (...) ».

suivraient nécessairement. Or, comme le notait avec beaucoup de justesse GARÇON, « la fin ne justifie jamais les moyens, si les moyens sont contraires à la morale »⁵⁸⁷³.

1237. Dans cette même affaire *Gäfgen*, la solution adoptée en ce qui concerne la portée de la règle d'exclusion des preuves obtenues grâce à une violation de l'article 3 de la Convention apparaît plus contestable. La grande chambre a estimé que « l'équité d'un procès pénal et la sauvegarde effective de l'interdiction absolue énoncée à l'article 3 dans ce contexte ne se trouvent en jeu que s'il est démontré que la violation de l'article 3 a influé sur l'issue de la procédure dirigée contre l'accusé, autrement dit a eu un impact sur le verdict de culpabilité ou la peine »⁵⁸⁷⁴. Elle n'a pas retenu la violation de l'article 6 en l'espèce⁵⁸⁷⁵. Elle aurait été mieux inspirée de poser une règle stricte au lieu d'opérer une dichotomie entre les différents comportements prohibés par l'article 3. La torture entache toujours d'illégalité les preuves matérielles ultérieurement recueillies et frappe d'iniquité l'ensemble du procès. L'obtention de celles-ci à l'aide de ce procédé d'un autre temps constitue un déni de justice flagrant⁵⁸⁷⁶. Les mauvais traitements, eux, n'ont pas forcément cette incidence⁵⁸⁷⁷. Or, compte tenu de la prééminence du droit à ne pas être soumis à des traitements inhumains et dégradants, il eût été préférable de considérer que l'article 6 de la Convention fût méconnu, dès l'instant où des preuves matérielles eussent été découvertes à la suite directe d'aveux extorqués au moyen de ces traitements intolérables⁵⁸⁷⁸... Il n'y a pas que les contraintes d'ordre physique qui se révèlent inadmissibles. Les intrusions illégales auxquelles se livrent les autorités répressives le sont aussi.

B – Les intrusions réprimées

1238. Afin de rechercher des preuves de l'infraction, les O.P.J. et les magistrats effectuent des actes intrusifs dans la vie privée des personnes. Leur intrusion est telle, qu'ils méritent d'être considérés

⁵⁸⁷³ M. GARÇON, Défense de la liberté individuelle, *op. cit.*, p. 50, ajoutant (p. 51) : « Dans une bonne intention, on peut en arriver à des abus qui sont en contradiction avec les principes qui protègent la liberté individuelle. Il est possible que cette tendance à vouloir "presser" pour obtenir l'aveu soit instinctive, mais la civilisation a précisément pour principal objet de refréner les instincts lorsqu'ils sont en contradiction avec des principes moraux ».

⁵⁸⁷⁴ §178, *in fine* de l'arrêt.

⁵⁸⁷⁵ §187 et 188 de l'arrêt.

⁵⁸⁷⁶ CEDH, 17 janv. 2012, *Othman / Royaume-Uni*, n°8139/09, §267 ; J.C.P., 2012, 141, obs. L. MILANO. Sur le mode d'emploi que doit suivre le juge interne en cas de déclarations litigieuses de l'accusé ou de tiers (obtention de la preuve en violation de l'article 3) dans un Etat tiers : CEDH, 25 sept. 2012, *El Haski / Belgique*, préc., §88 et 92.

⁵⁸⁷⁷ Même si les aveux eux-mêmes, obtenus au moyen de ces traitements inhumains ou dégradants, comme ceux obtenus par le biais de la torture, ne peuvent pas être admis comme preuve dans la procédure pénale et entachent l'ensemble de la procédure d'iniquité (arrêt *Gäfgen*, §165, 166 et 173). Rapp., CEDH (Gr. ch.), 10 mars 2009, *Bykov / Russie*, préc., §94 à 98, où la Cour juge que l'article 6 n'est pas violé, dès lors que les preuves – obtenues ici en violation de l'article 8 de la Convention puisqu'il s'agissait d'une captation illégale de conversations – n'ont pas fondé, à elles seules, la condamnation du requérant. Comme le fait fort bien remarquer un auteur, « ce qui est interdit au titre de l'article 8 ne l'est pas nécessairement au titre de l'article 6 » (F. SUDRE, obs. préc., J.C.P., 2009, I, 143, n°13).

⁵⁸⁷⁸ En ce sens aussi, l'opinion partiellement dissidente des juges ROZAKIS, TULKENS, JEBENS, ZIEMELE, BIANKU et POWER sur l'arrêt *Gäfgen / Allemagne*, préc., not. §1 à 3 et 13 ; F. KRENC, De *Schenk à Gäfgen* : la preuve inconventionnelle à l'épreuve de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, *in L'homme dans la société internationale*, Mélanges P. TAVERNIER, Bruylant, 2013, p. 781 et s., spéc. p. 794 à 797, pour qui toute preuve recueillie au mépris de la Convention doit être exclue.

comme coercitifs. Cependant, ils demeurent parfois exécutés au moyen d'un abus d'autorité commis contre les particuliers. Les perquisitions illégales correspondent à de tels actes (1°). Plus largement, ceux-ci constituent encore des atteintes abusives au secret des correspondances et à l'intimité de la vie privée (2°).

1°- Les perquisitions illégales

1239. « Prolongement de la sûreté individuelle », l'atteinte à l'inviolabilité du domicile ne rentrait pas dans la définition de l'article 114 du Code pénal de 1810 ; elle était punie comme abus d'autorité par son article 184, alinéa 1^{er}, lorsqu'elle était réalisée par un fonctionnaire⁵⁸⁷⁹. Susceptible d'être commise par un particulier aux termes de l'article 226-4 du Code pénal⁵⁸⁸⁰, la violation de domicile s'avère plus sévèrement réprimée par l'article 432-8 lorsqu'elle résulte d'un magistrat, d'un O.P.J. ou A.P.J. Selon ce texte, « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, de s'introduire ou de tenter de s'introduire dans le domicile d'autrui contre le gré de celui-ci hors les cas prévus par la loi est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ». La violation de domicile expose la personne dépositaire de l'autorité publique à des peines plus lourdes que le simple citoyen⁵⁸⁸¹.

1240. A la différence de l'article 226-4 qui se réfère uniquement au délit consommé, l'article 432-8 incrimine la tentative. Le premier texte permet, en revanche, de réprimer « l'introduction » comme « le maintien » dans le domicile. Il apparaît donc plus large que le second au regard des actes incriminés⁵⁸⁸². Comment justifier cette double incrimination en fonction de l'auteur de l'infraction ? A bien y regarder, les éléments constitutifs de ces deux infractions diffèrent. La doctrine explique, avec justesse, qu'« elles ont l'une et l'autre pour valeur protégée la vie privée ; mais à la seconde s'ajoute un abus d'autorité, de sorte qu'une autre valeur est atteinte, la confiance publique envers les fonctionnaires »⁵⁸⁸³. Cet abus d'autorité forme un élément constitutif de l'infraction. S'il n'existe pas, la pénétration dans le domicile ne peut être poursuivie sur le fondement de l'article 432-8 du C.P.

⁵⁸⁷⁹ R. GASSIN, La liberté individuelle (...), *op. cit.*, n°29, p. 14.

⁵⁸⁸⁰ « L'introduction ou le maintien dans le domicile d'autrui à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contrainte, hors les cas où la loi le permet, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ». Sous l'empire de l'ancien Code pénal, il a été jugé que si l'introduction ou le maintien se sont produits sans le consentement de l'occupant, mais sans le recours à l'un des procédés incriminés par ce texte (manœuvres, menaces...), l'infraction n'est pas caractérisée : CA Paris (11^{ème} ch. B), 22 juin 1990 (2 arrêts), Dr. pénal, 1990, comm. n°318.

⁵⁸⁸¹ Les peines principales sont doublées. Il convient d'ajouter l'article 433-22 du C.P., qui prévoit des peines complémentaires sévères pour les personnes physiques reconnues coupables d'un tel délit.

⁵⁸⁸² A. LEPAGE, Le Code pénal et la protection de la personnalité (...), *op. cit.*, n°43, p. 537.

⁵⁸⁸³ A. LEPAGE, *op. cit.*, n°36, p. 533, ajoutant que « d'autres droits pénaux procèdent différemment, tel le droit pénal italien qui a une conception unitaire de la violation de domicile, à l'égard de laquelle la qualité de fonctionnaire constitue une simple circonstance aggravante ».

L'infraction réprime avant tout le fait d'avoir abusé de son pouvoir pour s'introduire dans un domicile, non la simple violation de domicile⁵⁸⁸⁴.

1241. Constitutive d'un acte coercitif arbitraire, la violation de domicile commise par un fonctionnaire traduit un abus d'autorité qui doit s'apprécier par rapport aux dispositions qui encadrent les perquisitions⁵⁸⁸⁵. Selon l'article 432-8 du C.P., les autorités répressives sont passées outre le consentement de l'occupant chez lequel l'introduction (ou sa tentative) a eu lieu : elle s'est opérée « contre le gré » de cette personne. Il incrimine l'usage de la force, sinon d'une certaine violence, comme le faisait déjà l'ancien article 184, et pas seulement une atteinte à la vie privée⁵⁸⁸⁶. Ce dernier texte avait pour objet de « sauvegarder la liberté, la sécurité et l'indépendance des citoyens, en organisant la protection de leur demeure »⁵⁸⁸⁷. Chacun doit pouvoir trouver une certaine sécurité au sein du domicile, cet « asile inviolable ». La question se pose surtout pour les perquisitions nocturnes et celles pratiquées en enquête préliminaire. Celles-ci impliquent d'obtenir l'assentiment de la personne concernée ou l'autorisation du juge des libertés et de la détention, selon les distinctions établies à l'article 76 du C.P.P.⁵⁸⁸⁸. La Cour de cassation a veillé à ce que les individus dépositaires de l'autorité publique soient condamnés s'ils ont mené des perquisitions hors les cas prévus par la loi et sans les formalités qu'elle a prescrites⁵⁸⁸⁹. Elle a affirmé maintes fois que le consentement doit être libre, volontaire, mais en plus, donné en connaissance de cause⁵⁸⁹⁰.

1242. Une telle position mérite approbation. Il convient d'ailleurs de distinguer la violation des formalités relatives à l'entrée dans les domiciles (non respect des compétences, des cas possibles, des

⁵⁸⁸⁴ I. LOLIES, La protection pénale (...), *op. cit.*, n°229, p. 169.

⁵⁸⁸⁵ A. LEPAGE, *op. cit.*, n°43, p. 537.

⁵⁸⁸⁶ Autrement dit, l'infraction est constituée lorsque l'autorité publique s'introduit dans le domicile malgré le refus de son occupant. Si le juge pénal n'a pas à rechercher l'emploi des procédés spécifiques pour prononcer la condamnation, en pratique, « on voit mal comment le dépositaire de l'autorité publique pourrait entrer dans le domicile sans le consentement de l'occupant en n'usant ni de la force ni de la ruse » (V. MALABAT, Droit pénal spécial, Dalloz, Hypercours, 6^{ème} éd., 2013, n°634 ; E. DREYER, Droit pénal spécial, *op. cit.*, n°402). En cas d'introduction en l'absence de l'occupant ou à son insu, celle-ci ne tombe pas sous le coup de l'article 432-8, mais sous celui de l'article 226-4. Il n'y a pas évocation abusive de la qualité de fonctionnaire dans ce cas, l'enquêteur ne s'étant pas présenté à l'occupant (V. I. LOLIES, *op. et loc. cit.*).

⁵⁸⁸⁷ T. corr. Chalon-sur-Saône, 17 fév. 1950, J.C.P., 1950, II, 5505, note G. LEVASSEUR. Dans sa note, le professeur LEVASSEUR cite un arrêt intéressant de la Cour de Paris du 22 juin 1849, selon lequel « l'article 184 renferme une garantie générale, absolue pour la personne du citoyen, pour sa vie privée, pour le secret dont il a le droit de se couvrir, et pour tous les intérêts de fortune et d'honneur qui s'y rattachent ».

⁵⁸⁸⁸ Pour une analyse de ce consentement au plan procédural comme substantiel : J.-C. SAINT-PAU, Droit au respect de la vie privée (...), *op. cit.*, spéc. n°23.

⁵⁸⁸⁹ V. Cass. crim., 25 juin 1909, Bull. crim., n°324. En l'espèce, un maire procède à une perquisition chez un particulier en dehors des cas prévus par la loi. Craignant d'être arrêté s'il la refuse, l'individu ne proteste pas et garde une attitude passive. Il n'a donc pas librement et volontairement consenti à l'introduction du maire dans son domicile, la perquisition ayant eu lieu contre son gré ; Cass. crim., 12 mars 1958, Bull. crim., n°253 (condamnation d'un maire à verser des dommages-intérêts à un particulier pour violation de domicile). V. H. MATSOPOULOU, Les évolutions récentes (...), *op. cit.*, p. 416 et 417.

⁵⁸⁹⁰ Cass. crim., 9 déc. 1910, Bull. crim., n°619 ; Cass. crim., 12 mai 1923, Bull. crim., n°212 : « Attendu qu' (...) il ne résulte pas des constatations dudit arrêt que le consentement des prévenus ait été donné en connaissance de cause, c'est-à-dire avec la connaissance qu'il était procédé irrégulièrement » ; Cass. crim., 26 juin 1958, Bull. crim., n°506 ; Rev. sc. crim., 1959, p. 145, n°6, obs. M. PATIN. L'O.P.J. doit informer le particulier de son droit de refuser l'acte. Le juge doit, lui, vérifier que le consentement n'a pas été surpris et écarter toute présomption de consentement. Sur l'ensemble de la question et l'évolution jurisprudentielle puis légale : G. DENIS, L'enquête préliminaire (...), *op. cit.*, n°328, p. 253 à n°335, p. 262.

horaires et des formes) constitutive de l'infraction, du non-respect de règles ultérieures (déroulement des perquisitions et saisies) ne relevant que d'éventuelles nullités de la procédure pénale⁵⁸⁹¹. Mais il semble désormais que la simple violation des règles de forme soit totalement exclue du champ de l'incrimination et ne laisse subsister que la seule nullité des actes irréguliers⁵⁸⁹². Or, une violation grave des exigences de forme devrait suffire à caractériser le délit. Cet acte présente une gravité certaine pour les libertés individuelles. Dans le souci d'en assurer une protection effective, les règles de forme ne doivent pas être méconnues. Assurer une impunité à ceux qui les violent ouvertement, c'est-à-dire de manière intentionnelle, paraît alors contestable⁵⁸⁹³. Les personnes dépositaires de l'autorité publique, si elles peuvent commettre des erreurs d'appréciation, n'ont pas à vider le Code de procédure pénale des garanties substantielles accordées aux citoyens. Il est des cas où la sanction de l'annulation de l'acte irrégulier ne saurait suffire.

1243. Pour être punissable, encore faut-il à l'évidence que l'acte coercitif arbitraire viole un domicile. Or restent insusceptibles de recevoir cette qualification, par exemple, un terrain nu et clos ne dépendant pas directement d'une maison⁵⁸⁹⁴, une hutte dépourvue des équipements les plus élémentaires, c'est-à-dire ni raccordée au réseau électrique ni desservie en eau courante, et constituant un simple poste d'observation⁵⁸⁹⁵... La perquisition illégale expose son auteur à des poursuites pénales et à une condamnation. Elle peut également avoir des conséquences fâcheuses sur la suite de la procédure. Elle entraîne la nullité de la mesure, sanction de son illégalité, ainsi que celle des actes subséquents et dont elle est le support nécessaire. Pour ces deux raisons, il demeure essentiel de s'introduire dans les lieux de façon légale. Car « l'accès à la personne est alors légal, et le contrôle d'identité de l'intéressé, son arrestation sont légaux, de même que tous les actes d'investigation qui s'en suivent »⁵⁸⁹⁶. Durant la recherche d'éléments probatoires, les autorités publiques commettent d'autres actes intrusifs susceptibles de revêtir une acception pénale.

2°- Les atteintes abusives au secret des correspondances et à l'intimité de la vie privée

1244. Aux termes de l'article 432-9 du C.P., « le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'ordonner, de commettre ou de faciliter, hors les cas prévus par la loi, le détournement, la suppression ou l'ouverture de correspondances ou la révélation

⁵⁸⁹¹ De manière convaincante, V. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial (...), op. cit.*, n°1092.

⁵⁸⁹² V. M. VERON, *Droit pénal spécial*, Sirey, 14^{ème} éd., 2012, n°539.

⁵⁸⁹³ Dans le même sens, E. DREYER, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°401.

⁵⁸⁹⁴ V. Rép. min. n°8828, J.O. Sénat Q, 6 août 2009, p. 1949 ; Dr. pénal, oct. 2009, alertes.

⁵⁸⁹⁵ Cass. crim., 6 mai 2002, Dr. pénal, 2002, comm. n°130, note A. MARON. Sur la notion de domicile au sens pénal, P. BONFILS, *L'autonomie du juge pénal*, in *Les droits et le Droit*, Mélanges B. BOULOC, Dalloz, 2007, p. 47 et s., spéc. n°1, p. 47 et 48.

⁵⁸⁹⁶ H. VLAMYNCK, *Le policier et le principe (...), op. cit.*, p. 359.

du contenu de ces correspondances, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ». Le second alinéa de ce texte punit des mêmes peines les personnes susvisées, l'agent d'un exploitant de réseaux de communications électroniques ou le fournisseur de services de télécommunications, agissant dans l'exercice de ses fonctions, qui ordonnent, commettent ou facilitent, hors les cas prévus par la loi, l'interception ou le détournement des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications, l'utilisation ou la divulgation de leur contenu⁵⁸⁹⁷.

1245. S'ils n'y sont pas autorisés par la loi, les enquêteurs qui procèdent à une saisie, un détournement, ou à la révélation d'une lettre missive, se rendent coupables d'une infraction grave⁵⁸⁹⁸. De fait, « le droit positif s'attache à la sauvegarde de l'intégrité du support des correspondances corporelles, en punissant notamment l'ouverture, tandis qu'il s'applique également à garantir la confidentialité de leur contenu, en réprimant le fait d'en prendre frauduleusement connaissance »⁵⁸⁹⁹. L'interception illégale des correspondances électroniques ou des conversations téléphoniques par ces mêmes enquêteurs constitue aussi une infraction sérieuse. D'après le Code pénal, ces comportements s'analysent en des abus d'autorité⁵⁹⁰⁰. Tel n'est pas le cas lorsqu'ils sont le fait de simples particuliers. Ils les exposent à un an d'emprisonnement et à 45 000 euros d'amende en vertu de l'article 226-15 du C.P. Le critère de distinction repose donc sur la qualité de l'auteur de l'infraction⁵⁹⁰¹. Cette distinction semble cohérente. Relevant de l'article 432-9 du C.P., l'agent public se voit sanctionné de façon spécifique s'il vient à outrepasser les limites du pouvoir qui lui a été confié⁵⁹⁰². L'abus d'autorité dont il fait preuve lors de la commission du délit différencie son comportement de celui d'un simple *quidam* et fonde la distinction d'incriminations et de sanctions⁵⁹⁰³.

⁵⁸⁹⁷ Dans l'ancien Code pénal, ces infractions étaient prévues par les articles 186-1 et 187.

⁵⁸⁹⁸ Car la violation de correspondance commise par un fonctionnaire porte non seulement atteinte à la vie privée, mais aussi à la liberté d'expression et de la pensée, ainsi qu'au droit de propriété. Un tiers qui s'empare d'une correspondance s'approprie un bien qui appartient déjà à une personne, à savoir son destinataire. V. I. LOLIES, *op. cit.*, n°239, p. 172.

⁵⁸⁹⁹ V. PELTIER, *Le secret des correspondances*, *op. cit.*, n°19, p. 54. Ce qui est donc réprimé par le législateur, c'est l'acte d'ouverture d'une correspondance par le fonctionnaire puisque, par le biais de cet acte, il peut prendre connaissance de son contenu et porter atteinte aux secrets qu'elle contient. Et avec l'incrimination des actes de suppression et de détournement visés à l'article 432-9 du C.P., le législateur a souhaité garantir la sécurité que le courrier confié à la Poste sera remis à son destinataire. Sur ces points, I. LOLIES, *op. cit.*, n°238, p. 171 et n°241, p. 174. Toutefois, l'article 432-9 du C.P. ne protège pas les correspondances « circulant à découvert » : Cass. crim., 16 oct. 2012, Bull. crim., n°216, préc. Cette solution est contestable : les billets étaient pliés lorsqu'ils ont été saisis en l'espèce. Or, il a été fait justement observer que « lorsque le rédacteur d'une lettre la scelle, il manifeste qu'il entend en réserver le contenu au destinataire : il ne fait rien d'autre lorsqu'il la plie en deux et la ferme dans sa main pour en dissimuler la teneur » (P. CONTE, obs. sur Cass. crim., 16 oct. 2012, R.P.D.P., 2013, p. 377, spéc. p. 379 et 380).

⁵⁹⁰⁰ Les peines complémentaires énoncées à l'article 433-22 du C.P. restent applicables à ces infractions.

⁵⁹⁰¹ A l'occasion de la réforme du Code pénal de 1992, l'atteinte au secret des correspondances a été scindée en deux incriminations distinctes. Commise par un particulier, elle relève de l'article 226-15 du C.P. Commise par une autorité publique (ou un exploitant de réseaux de communications électroniques ou bien un fournisseur de services de télécommunications), elle est constitutive d'un abus d'autorité commis contre les particuliers (art. 432-9 du C.P.). V. A. LEPAGE, *Le Code pénal (...)*, *op. cit.*, n°29, p. 527 et 528.

⁵⁹⁰² V. PELTIER, *op. cit.*, n°600, p. 468.

⁵⁹⁰³ En ce sens, V. PELTIER, *op. cit.*, n°600, p. 469, ajoutant, avec justesse, qu'« il ne servirait à rien de prévoir une incrimination spéciale aux agents publics et assimilés si rien dans leur conduite ne venait se surajouter aux comportements relevant de l'article 226-15 du Code pénal » ; P. CONTE, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n°363, pour qui « les textes actuels, à l'image de ceux qui répriment la violation de domicile, contiennent plusieurs incriminations d'une infraction

1246. Utilisée dans les deux alinéas de l'article 432-9 du C.P., comme elle l'est d'ailleurs dans son article 432-8 relatif à la violation de domicile, l'expression « hors les cas prévus par la loi » appelle une explication. Ces termes ne paraissent pouvoir concerner que les conditions de fond des saisies de lettres et documents ou des interceptions de correspondances électroniques et téléphoniques. Concernant celles-ci, leurs conditions de fond sont énumérées aux articles 100 et suivants du Code de procédure pénale⁵⁹⁰⁴ : autorité compétente pour les décider et les exécuter, gravité des infractions susceptibles de les motiver, durée maximale autorisée... Une erreur de forme dans la procédure d'interception ne suffit donc pas à constituer une infraction pénale⁵⁹⁰⁵. Il convient peut-être, là encore, de réserver l'hypothèse dans laquelle les magistrats et les O.P.J. méconnaissent des formalités substantielles, telle l'absence d'autorisation donnée par écrit ou de tout procès-verbal relatant et transcrivant les écoutes⁵⁹⁰⁶. L'omission serait telle qu'elle pourrait sans doute donner lieu à des poursuites pénales.

1247. Interception des conversations téléphoniques atteinte au secret des correspondances et, indirectement, à l'intimité de la vie privée. Celle-ci se trouve entamée par cette immixtion et la divulgation de secrets⁵⁹⁰⁷. La cour d'appel de Paris l'a affirmé à propos des captations illicites de communications téléphoniques dans l'affaire dite « des écoutes de l'Elysée »⁵⁹⁰⁸. Elle a relevé que les faits dénoncés dans la procédure sont de nature à constituer « non seulement **une atteinte à l'intimité de la vie privée** de particuliers, pris chacun dans leur individualité, mais également **une atteinte à la Constitution** (...) »⁵⁹⁰⁹. Dans un arrêt rendu le 30 septembre 2008 mettant fin à la procédure engagée dans cette même affaire, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir raisonné de la sorte : « Attendu qu'après avoir énoncé à bon droit que l'atteinte à l'intimité à la vie privée par des écoutes téléphoniques était une infraction par nature clandestine conduisant à faire courir le délai de prescription seulement à partir du moment où elle était révélée aux victimes dans tous ses éléments (...) »⁵⁹¹⁰. Bref, la jurisprudence applique d'ordinaire le délit d'atteinte à la vie privée à

fondamentalement unique tendant à protéger l'intimité des correspondants, voire, dans une conception novatrice, la propriété des informations qu'ils échangent. L'abus d'autorité commis par un fonctionnaire ou une personne assimilée n'en est qu'une variante, évidemment réprimée plus sévèrement ».

⁵⁹⁰⁴ Les articles 74-2, 80-4 et 706-95 du C.P.P., prévoyant la possibilité de recourir aux écoutes téléphoniques, procèdent par renvoi aux articles 100 et suivants du C.P.P.

⁵⁹⁰⁵ En ce sens, W. JEANDIDIER, note sous Cass. crim., 15 avril 1991, J.C.P., 1992, II, 21795, spéc. n°12.

⁵⁹⁰⁶ Il a, en effet, été écrit que « hors les cas prévus par la loi et hors des formes prévues par la loi, les écoutes téléphoniques tombent sous le coup de la loi » : M. ALBAREDE, Le régime juridique des écoutes (...), *op. cit.*, p. 1.

⁵⁹⁰⁷ A cet égard, A. LEPAGE, Le Code pénal (...), *op. cit.*, n°12, p. 515 et n°35, p. 532, le soulignant à propos des infractions commises par les particuliers. L'atteinte au secret des correspondances, comme la violation de domicile du reste, ont changé de nature lors de la réforme du Code pénal. « Elles sont devenues, en toute rigueur, des infractions contre les personnes, plus particulièrement des atteintes à la personnalité. Le secret des correspondances se trouve aujourd'hui aux côtés du secret professionnel dans une section IV relative à "l'atteinte au secret", place qui montre que le secret des correspondances n'a pas pour fondement la protection de la vie privée même si, de fait, il peut contribuer à la renforcer ».

⁵⁹⁰⁸ CA Paris (ch. acc.), 30 sept. 1996, préc.

⁵⁹⁰⁹ C'est la cour d'appel de Paris qui souligne.

⁵⁹¹⁰ Cass. crim., 30 sept. 2008, Bull. crim., n°197 ; Dr. pénal, 2008, comm. n°149, note M. VERON.

l'enregistrement de conversations téléphoniques⁵⁹¹¹. Il a pourtant été montré l'inadéquation de la dualité de fondements du secret des correspondances, à savoir la vie privée et la propriété. Un fondement unique a alors été proposé : la propriété de l'information⁵⁹¹².

1248. Si les autorités répressives effectuent parfois des saisies et interceptions illégales de communications écrites, électroniques et téléphoniques, lesquelles violent le secret des correspondances de façon injustifiée, elles peuvent aussi procéder à des actes coercitifs illégaux, directement attentatoires à l'intimité de la vie privée cette fois. Les espionnages technologiques divers⁵⁹¹³ et les sonorisations et captations d'images de certains lieux ou véhicules⁵⁹¹⁴ entament la vie privée. L'enregistrement clandestin d'une conversation lui porte atteinte à double titre. Il attente à la liberté de la vie privée, d'une part. L'auteur des propos se trouve privé de la liberté de choisir son destinataire. Il viole le secret de la vie privée, d'autre part, lorsque la personne concernée entendait maintenir confidentielles les informations échangées⁵⁹¹⁵. L'atteinte à l'intimité implique la commission d'actes d'espionnage auditif ou visuel en l'absence de consentement de la victime, en d'autres termes de façon clandestine. Elle dépend, de plus, de la situation de ces actes et de leurs circonstances (lieu privé pour l'image ; confidentialité des paroles)⁵⁹¹⁶.

1249. Ce qui frappe à la lecture du Code pénal, c'est qu'il n'a pas érigé ces infractions en abus d'autorité. Cette lacune surprend. On aurait pu s'attendre à trouver un texte d'incrimination pour de tels faits à la suite de l'article 432-9 du C.P. Or, il n'en est rien. Il convient par conséquent de se reporter à l'article 226-1 de ce Code, dont les dispositions générales punissent d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende « le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui : 1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ; 2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé »⁵⁹¹⁷. Ce texte vise des « paroles » et « l'image » d'un individu, tandis que l'article 226-15 du C.P. évoque des « correspondances émises, transmises ou reçues par la voie électronique ». Nul doute qu'il s'applique aux captations de paroles et d'images, notamment aux

⁵⁹¹¹ V. aussi, Cass. crim., 14 fév. 2006, Bull. crim., n°38 ; D., 2007, jurisp., p. 1184, note J.-C. SAINT-PAU.

⁵⁹¹² V. PELTIER, *op. cit.*, n°36, p. 83 à n°465, p. 359.

⁵⁹¹³ A l'aide d'un magnétophone ou dictaphone (Cass. crim., 19 mai 1981, Bull. crim., n°161 ; D., 1981, jurisp., p. 544, note D. MAYER, où la Cour de cassation a étendu la répression, puisqu'elle a jugé que l'article 368 du C.P. ancien s'applique « quels que soient les résultats techniques de l'enregistrement », même si la bande est inaudible ; Cass. crim., 16 déc. 1997, préc. et dans la même affaire, Cass. crim., 19 janv. 1999, préc.), ou d'une caméra vidéo (Cass. crim., 16 fév. 2010, Bull. crim., n°25 ; J.C.P., 2010, Note, 565, note J.-L. LENNON, estimant que la salle d'un tribunal dans laquelle se sont réunis les magistrats d'une cour d'assises et les membres du jury pour délibérer est un lieu privé) et même les photographies.

⁵⁹¹⁴ Art. 706-96 et s. du C.P.P.

⁵⁹¹⁵ J.-C. SAINT-PAU, L'enregistrement clandestin (...), *op. cit.*, spéc. n°2.

⁵⁹¹⁶ V. J.-C. SAINT-PAU, note sous Cass. crim., 14 fév. 2006, D., 2007, jurisp., p. 1184, spéc. p. 1186.

⁵⁹¹⁷ Il paraît y avoir une certaine frilosité à déclencher la poursuite contre l'agent de l'autorité publique, auteur d'une captation illicite, en application de ce texte, les victimes privilégiant les recours en annulation d'actes de procédure. En ce sens, I. LOLIES, *op. cit.*, n°111, p. 99 et 100.

opérations de sonorisation. De son côté, l'article 226-15 a vocation à s'appliquer aux interceptions téléphoniques⁵⁹¹⁸.

1250. Il n'en demeure pas moins que « ce cloisonnement théorique des textes n'est pas respecté par la jurisprudence qui, à l'instar d'une majorité de la doctrine, n'a pas aperçu que l'insertion de l'article 226-15 par la loi du 10 juillet 1991 avait, par ricochet, réduit le domaine d'application de l'article 226-1 autrefois applicable aux écoutes téléphoniques »⁵⁹¹⁹. C'est pourquoi elle précise que le délit d'atteinte à la vie privée n'a pas été abrogé de manière implicite par la loi de 1991 et qu'elle applique l'infraction à l'enregistrement de conversations téléphoniques⁵⁹²⁰. Par ailleurs, le second alinéa de l'article 226-1 du C.P. prévoit une cause de justification des actes précités : lorsqu'ils ont été exécutés « au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé ». Cette justification n'a toutefois aucune chance de jouer en pratique : la clandestinité s'avère indispensable aux enquêteurs afin d'obtenir la preuve de l'infraction. L'effet de surprise demeure primordial en la matière. A supposer, en outre, qu'un individu consente à la fixation d'images et à la sonorisation de son domicile⁵⁹²¹, un autre problème se poserait aussitôt. Le consentement donné ne permettrait pas de justifier l'atteinte à la vie privée de tiers n'ayant pas consenti à ces actes. Seuls les actes attentatoires à la vie privée de la personne consentante seraient légitimes, donc valables, non ceux qui entameraient celle des individus ignorants des opérations⁵⁹²².

1251. Il faut se garder de croire que toute atteinte à l'intimité de la vie privée de la part des autorités publiques, au cours d'une procédure, s'apparente à un délit punissable. Plusieurs actes, qui ne possèdent pas un caractère coercitif, ne tombent pas sous le coup de la loi pénale. Il en est ainsi d'une surveillance à la jumelle, destinée à constater une infraction dans le cadre d'une enquête préliminaire⁵⁹²³. L'alimentation des fichiers de police au moyen de photographies anthropométriques et d'empreintes digitales, récoltées à l'occasion d'une enquête judiciaire, n'entame pas non plus le droit au respect de la vie privée. Le juge judiciaire a posé certaines exigences à l'appui de cette solution. Il l'a admis dès lors que ces photographies et relevés d'empreintes sont conservés par les

⁵⁹¹⁸ S'agissant de l'articulation des délits incriminés aux articles 226-1 (délict d'atteinte à la vie privée) et 226-15 – ou 432-9, al. 2 – du C.P. (délict de violation de secret des correspondances, avec abus d'autorité), il faut distinguer selon la qualité de l'auteur de l'enregistrement. Si la conversation téléphonique est enregistrée par un tiers à la discussion téléphonique, l'article 226-15, al. 2 (ou 432-9, al. 2) s'applique : *specialia generalibus derogant*. Si la conversation téléphonique est enregistrée par l'un des participants à la discussion, l'article 226-15, al. 2 – ou 432-9, al. 2 – devient inapplicable, puisqu'il vise « l'interception » de correspondances, « ce qui ne peut s'entendre de celles réalisées et adressées par et à soi-même » : J.-C. SAINT-PAU, note préc. sous Cass. crim., 14 fév. 2006, D., 2007, jurispr., p. 1184, spéc. p. 1185.

⁵⁹¹⁹ J.-C. SAINT-PAU, L'enregistrement clandestin (...), *op. cit.*, n°6. Il est piquant de constater que même après l'adoption de la loi du 10 juillet 1991, d'aucuns raisonnent sur le fondement de l'article 226-1 du C.P. à propos des écoutes téléphoniques, alors qu'ils devraient le faire par rapport à l'article 226-15 : V. I. LOLIES, *op. cit.*, n°99, p. 93 à n°104, p. 97.

⁵⁹²⁰ *Ibid.*

⁵⁹²¹ Après tout, cela serait concevable dans la mesure où la vie privée est objet d'un droit subjectif, elle s'analyse comme « une valeur pénale disponible » : J.-C. SAINT-PAU, Droit au respect de la vie privée (...), *op. cit.*, n°24.

⁵⁹²² *Ibid.*

⁵⁹²³ Cass. crim., 23 août 1994, Bull. crim., n°291. Plus récemment, les constatations visuelles ont été, à nouveau, exclues du champ d'application de l'article 706-96 du C.P.P. : Cass. crim., 23 janv. 2013, Bull. crim., n°29, préc.

services de police judiciaire et ne servent qu'à leurs enquêtes dans les conditions prévues par la loi⁵⁹²⁴. De même, la constatation des contraventions d'excès de vitesse au moyen d'un cinémomètre associé à un appareil de prise de vue, utilisé aux seules fins de relever l'immatriculation des véhicules en infraction et de permettre, le cas échéant, l'identification des contrevenants, ne constitue pas une ingérence injustifiée au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁵⁹²⁵. Enfin, les surveillances et autres filatures, régies par l'article 706-80 du C.P.P., ne sont pas punissables.

1252. L'espionnage technologique à l'aide de mesures coercitives, les sonorisations et fixations d'images, peut attenter de manière arbitraire au secret de la vie privée et donner lieu, par conséquent, à des poursuites pénales contre ses auteurs. L'enregistrement clandestin de conversations et d'images doit être accompli dans le cadre d'une procédure applicable à la criminalité organisée, conformément aux dispositions des articles 706-96 et suivants du C.P.P. Lorsque tel est le cas, aucun problème ne se pose au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, qui exige une norme prévisible et accessible pour ce genre d'ingérence. Bénéficiant d'une permission de la loi, les autorités répressives ne commettent pas d'atteinte à l'intimité de la vie privée au sens de l'article 226-1 du C.P. Il en va différemment si ces autorités procèdent aux actes d'enregistrement dans le cadre d'une procédure de droit commun en se fondant sur leurs pouvoirs généraux d'enquête ou d'instruction. L'article 8 de la Convention apparaît méconnu, car aucune norme de procédure pénale ne prévoit le droit d'organiser un tel espionnage auditif ou visuel dans cette situation⁵⁹²⁶. Les responsables de l'acte coercitif arbitraire, l'enregistrement clandestin, pourraient être condamnés pour le délit incriminé à l'article 226-1 du C.P., sous réserve d'une justification, très improbable, par les droits de la défense⁵⁹²⁷.

1253. Trop graves pour être passés sous silence, les abus commis par les autorités publiques lors de l'exercice de la coercition, méritent d'être stigmatisés. Les condamnations pour de tels abus se révèlent pourtant assez anciennes et peu fréquentes. Fondés sur ces motifs, les pourvois en cassation apparaissent souvent rejetés⁵⁹²⁸. Le dispositif juridique, constitué notamment des articles 432-4 et

⁵⁹²⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 18 déc. 2003, Bull. civ., II, n°404 ; A.J. pénal, 2004, jurisp., p. 120, obs. P. REMILLIEUX.

⁵⁹²⁵ Cass. crim., 7 mai 1996, Bull. crim., n°189 ; Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°240, note J. BUISSON ; Cass. crim., 15 nov. 2000, Procédures, 2001, comm. n°97, note J. BUISSON.

⁵⁹²⁶ V., à propos d'un espionnage visuel au moyen d'un téléobjectif dans une propriété privée en enquête préliminaire, Cass. crim., 21 mars 2007, préc. ; V., pour l'utilisation d'un endoscope, mesure visée par l'article 706-96 du C.P.P., Cass. crim., 23 janv. 2013, préc. Dans le même sens et sur la question : J.-C. SAINT-PAU, L'enregistrement clandestin (...), *op. cit.*, n°13 ; T. POTASZKIN, note sous Cass. crim., 23 janv. 2013, D., 2013, p. 1045, spéc. p. 1047 et 1048.

⁵⁹²⁷ Sur cette cause d'exonération de la responsabilité pénale, J.-C. SAINT-PAU, *op. cit.*, n°15.

⁵⁹²⁸ Il est vrai qu'hormis quelques condamnations (V. par ex., Cass. crim., 8 fév. 2012, Bull. crim., n°38, préc. ; Cass. crim., 30 sept. 2008, Bull. crim., n°197, préc.), il faut observer que les pourvois qui allèguent les articles 432-4, 432-8 ou 432-9 du C.P. sont, à tort ou à raison, en principe rejetés. V. parmi d'autres, Cass. crim., 8 juill. 2004, Bull. crim., n°179 ; Cass. crim., 15 fév. 2005, Inédit, n°03-85832 ; Cass. crim., 18 sept. 2007, Inédit, n°07-80614 ; Cass. crim., 8 juin 2010, Inédit, n°09-88725 ; Cass. crim., 3 nov. 2011, Inédit, n°11-80267 ; Cass. crim., 5 juin 2012, Inédit, n°11-84895 ; Cass. crim., 16 oct. 2012, Bull. crim., n°216, préc.

suivants du Code pénal, est-il à ce point dissuasif que les agents publics ne commettent qu'à titre exceptionnel les comportements prohibés⁵⁹²⁹ ? Se pose dès lors, de façon légitime, la question d'une éventuelle impunité des agents publics. Conscientes des difficultés à recueillir des éléments probatoires et à appréhender les auteurs d'infractions, les juridictions pénales pourraient parfois les couvrir. Quoiqu'il en soit, il convient de faire preuve d'une vigilance accrue. Il serait inadmissible, dans un Etat de droit, que des abus d'autorité soient tolérés au nom de ce que l'on nomme traditionnellement « les intérêts de la répression ». Si elle se veut absolue, la dénonciation des actes coercitifs arbitraires obéit néanmoins à certaines conditions sur le plan juridique.

§2 – Une dénonciation conditionnée

1254. Dénoncer la commission d'un acte coercitif arbitraire par un agent public n'est pas anodin. Des poursuites pénales sont susceptibles d'être engagées à son encontre. Aussi, il apparaît logique d'attendre que le juge pénal constate l'illégalité de l'acte litigieux (B), avant que les poursuites ne soient déclenchées. Préalablement à toute dénonciation, le citoyen se voit en plus tenu d'accepter la coercition, fût-elle arbitraire. Il existe en effet, en droit français, une soumission impérative à l'acte illégal (A).

A – La nécessaire soumission à l'acte illégal

1255. Au moment où les autorités répressives les exécutent, les actes coercitifs jouissent d'une présomption de légalité. Tout acte de cette nature est présumé légal lors de son accomplissement⁵⁹³⁰. Application de la théorie de l'apparence, cette présomption de légalité impose à la personne subissant l'acte coercitif d'obéir. Celle-ci ne saurait résister, sauf si l'acte s'avère manifestement illégal, comme l'a déjà retenue la jurisprudence dans de vieux arrêts⁵⁹³¹. L'illégalité manifeste qui justifie la résistance, « c'est l'illégalité patente, flagrante, qui apparaît extérieurement aux yeux du particulier, conformément à l'étymologie latine du mot manifeste »⁵⁹³². En dehors de ce cas spécifique, le citoyen qui résiste à l'exercice de la coercition se rend coupable du délit de rébellion⁵⁹³³. La théorie de l'obéissance passive n'a jamais été véritablement remise en cause depuis le début du XIXe siècle⁵⁹³⁴.

⁵⁹²⁹ Pour un constat du faible nombre de condamnations en la matière, V. P. COUV RAT, *Le contrôle pénal de la police, in Droits de l'individu et police*, Thémis-litec, 1990, p. 161 et s., not. p. 163, 167 et 168.

⁵⁹³⁰ V. J. BUISSON, note sous Cass. crim., 11 mai 2005, *Procédures*, 2005, comm. n°195.

⁵⁹³¹ La Cour de cassation a estimé qu'il n'y avait pas délit de rébellion lorsque le fonctionnaire a agi hors ses fonctions et n'était pas muni d'un acte ou titre exécutoire : Cass. crim., 7 avril 1837, S., 1838, I, p. 641 ; Cass. crim., 25 mars 1852, Bull. crim., n°108.

⁵⁹³² J. BUISSON, note préc. sous Cass. crim., 11 mai 2005.

⁵⁹³³ Sur les fondements de ce délit : E. GARÇON, *Code pénal annoté*, t. I, Sirey, 1901, art. 209, n°7 et 11, p. 489 et 490.

⁵⁹³⁴ La solution est constante depuis Cass. crim., 5 janv. 1821, S., 1821, I, p. 358 ; Cass. crim., 22 août 1867, S., 1868, I, p. 142 (cassation) ; Cass. crim., 17 avril 1891, Bull. crim., n°91 ; Cass. crim., 11 août 1905, Bull. crim., n°403 ; Cass. crim., 27 août 1908, Bull. crim., n°376 ; Cass. crim., 3 mai 1961, Bull. crim., n°234.

Ses fondements semblent solides. Il faut admettre que « 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 »⁵⁹³⁵. L'article 7 *in fine* de la Déclaration du 26 août 1789, aux termes duquel « tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant ; il se rend coupable par la résistance », ne condamne-t-il pas de surcroît cette thèse⁵⁹³⁶ ?

1256. Malgré l'illégalité de l'acte coercitif effectué à son égard, l'individu n'est pas pour autant autorisé à commettre des outrages⁵⁹³⁷, des violences ou à se rebeller contre les agents de l'autorité⁵⁹³⁸. Il doit nécessairement subir l'acte illégal. La Cour de cassation a dû rappeler cette solution, car certains juges du fait s'en sont affranchis. Ceux-ci ont refusé de retenir la qualification de rébellion contre celui qui se soustrait par la violence à des opérations de contrôle et d'arrestation illégales⁵⁹³⁹. La Haute juridiction a alors réaffirmé l'indifférence des irrégularités commises par les gendarmes ou les policiers agissant dans l'exercice de leurs fonctions⁵⁹⁴⁰. Ce délit de rébellion, qui tend surtout à protéger l'efficacité des O.P.J. et A.P.J., est défini à l'article 433-6 du C.P. comme « le fait d'opposer une résistance violente à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant, dans l'exercice de ses fonctions, pour l'exécution des lois, des ordres de l'autorité publique, des décisions ou mandats de justice »⁵⁹⁴¹.

⁵⁹³⁵ J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, obs. sur CA Reims (ch. corr.), 18 mai 1984, Rev. sc. crim., 1985, p. 69, spéc. p. 70. Dans le même sens : P. CHAMBON, note sous CA Reims (ch. corr.), 18 mai 1984, J.C.P., 1985, II, 20422, expliquant que sans doute la chambre criminelle « devait-elle garantir les citoyens contre l'illégalité et l'arbitraire, mais elle ne pouvait les autoriser à se faire juges de la régularité des interventions des fonctionnaires et agents d'exécution, sans ruiner l'autorité des lois et des ordres des autorités publiques ».

⁵⁹³⁶ *Ibid.*

⁵⁹³⁷ Cass. crim., 30 déc. 1892, Bull. crim., n°352 ; Cass. crim., 11 août 1905, préc. ; Cass. crim., 1^{er} mars 1951, Bull. crim., n°70 (cassation).

⁵⁹³⁸ Ces atteintes à l'autorité publique et à l'ordre public général font partie de la petite délinquance selon la doctrine. Il s'agit de méfaits qui connaissent d'ordinaire, ou sont susceptibles de connaître en vertu de la loi, un règlement par la police elle-même (classement policier, médiation policière). Alors que la lumière est faite sur eux, ils ne donnent pas lieu à un traitement juridictionnel vu le caractère modeste de ces infractions : J. LEBLOIS-HAPPE, Quelles réponses à la petite délinquance ? Etude du droit répressif français sous l'éclairage comparé du droit répressif allemand, P.U.A.M., 2002, 2 tomes, préf. R. KOERING-JOULIN, t. I, n°23, p. 31.

⁵⁹³⁹ T. corr. Bergerac, 12 fév. 1953, D., 1953, somm., p. 60 ; CA Reims (ch. corr.), 18 mai 1984, J.C.P., 1985, II, 20422, note (approbative) P. CHAMBON ; Rev. sc. crim., 1985, p. 69, obs. (critiques) J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE. En l'espèce, l'irrégularité commise par les gendarmes était double : d'une part, ils avaient agi en dehors de leur circonscription territoriale, de sorte qu'ils étaient incompétents ; d'autre part, ils avaient agi dans le cadre d'une enquête préliminaire et non en flagrance, ils ne pouvaient donc utiliser la coercition pour forcer l'intéressé à les suivre afin d'être entendu.

⁵⁹⁴⁰ Cass. crim., 2 juill. 1987, Bull. crim., n°281 ; Rev. sc. crim., 1988, p. 519, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE.

⁵⁹⁴¹ La Cour de cassation exerce un contrôle rigoureux quant à la matérialité de l'acte de rébellion : V. Cass. crim., 26 juin 2012, Dr. pénal, 2012, comm. n°142, note M. VERON ; Rev. sc. crim., 2013, p. 83, obs. C. MASCALA (cassation, car une interpellation opérée par des agents de l'Office national de la chasse et de la faune sauvage conduisant à immobiliser un individu, jeté à terre, ne peut être conduite sans explication sur les délits qui auraient été commis et pouvant justifier cette appréhension. La cassation semble logique, la fuite est difficilement conciliable avec l'exigence d'une résistance violente, même si, dans cette espèce, le prévenu avait commis des actes pour échapper au contrôle des agents).

1257. Les actes coercitifs susceptibles de donner lieu à la rébellion d'un citoyen se dévoilent. Elle peut être commise contre les agents de l'autorité lors d'un contrôle ou d'une vérification d'identité⁵⁹⁴², d'un contrôle douanier accompagné d'une palpation⁵⁹⁴³, d'une interpellation⁵⁹⁴⁴, de l'exécution d'un mandat de justice⁵⁹⁴⁵ ou du menottage⁵⁹⁴⁶. Peu importe l'acte pratiqué et indépendamment de sa légalité, la personne qui commet des faits de rébellion (ou d'outrage ou de violence) au moment de son exécution, s'expose à des poursuites pénales. A titre d'illustration, il a été jugé que « la nullité édictée par l'article 78-3 du C.P.P. en matière de contrôle d'identité ne saurait affecter la validité des poursuites exercées pour des infractions contre les autorités de police, commises à cette occasion par la personne contrôlée »⁵⁹⁴⁷. Les deux procédures doivent être nettement dissociées et rester cloisonnées : l'irrégularité éventuelle de l'acte coercitif, génératrice de la nullité de la procédure, n'a pas d'incidence sur la seconde. L'individu peut valablement être poursuivi du chef de rébellion (ou d'outrage ou de violence)⁵⁹⁴⁸.

1258. Il conviendrait, en réalité, de nuancer cette règle générale. D'aucuns pensent que le délit de rébellion ne saurait être constitué si l'acte coercitif effectué par les autorités répressives s'avère manifestement illégal ou si les actes de rébellion restent proportionnés⁵⁹⁴⁹. Cette position mérite approbation⁵⁹⁵⁰. L'illégalité manifeste du commandement de l'autorité légitime interdit aux agents d'exécuter l'ordre reçu, sous peine de ne pouvoir invoquer à leur profit ce fait justificatif prévu à l'article 122-4, alinéa 2, du C.P. Or, « si cette illégalité leur interdit de bénéficier de l'impunité, elle doit également les priver, s'étant mis hors la loi, de la protection que leur assurent les dispositions du Code pénal concernant la rébellion : ils ne doivent donc pas pouvoir se prévaloir utilement de ces textes et demander que soient sanctionnés ceux qui ont résisté à leur action pour ne pas en être les victimes »⁵⁹⁵¹. Dans la seconde hypothèse, les agissements de la personne soumise à l'acte coercitif conservent une juste proportion par rapport à l'illégalité commise par les agents publics. Les

⁵⁹⁴² Cass. crim., 7 fév. 1995, Bull. crim., n°51 ; Rev. sc. crim., 1996, p. 131, obs. (approbatives) J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; Cass. crim., 1^{er} sept. 2004, A.J. pénal, 2004, jurisp., p. 408, obs. C. G. ; Dr. pénal, 2004, comm. n°164, note A. MARON ; Cass. crim., 11 mai 2005, Procédures, 2005, comm. n°195, note J. BUISSON.

⁵⁹⁴³ Cass. crim., 8 nov. 2011, Dr. pénal, 2012, comm. n°19, note M. VERON.

⁵⁹⁴⁴ Cass. crim., 10 nov. 1998, Bull. crim., n°295.

⁵⁹⁴⁵ Cass. crim., 8 déc. 2009, Bull. crim., n°209 ; D., 2010, act., p. 153, obs. K. GACHI ; D., 2010, p. 1132, note J.-L. LENNON ; Dr. pénal, 2010, comm. n°32 (2^{ème} espèce), note M. VERON.

⁵⁹⁴⁶ CA Paris, 7 janv. 1997, Dr. pénal, 1998, comm. n°140, note A. MARON ; Rev. sc. crim., 1999, p. 105, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; Cass. crim., 7 nov. 2006, Bull. crim., n°273 ; Dr. pénal, 2007, comm. n°20, note M. VERON.

⁵⁹⁴⁷ Cass. crim., 7 fév. 1995, préc. ; Cass. crim., 1^{er} sept. 2004, préc. (même attendu) ; Cass. crim., 11 mai 2005, préc. (*idem*).

⁵⁹⁴⁸ Dans les arrêts de cassation, il a été répété sans cesse que « l'illégalité de l'acte accompli par l'agent dans l'exercice de ses fonctions, à la supposer établie, était sans incidence sur la régularité de la procédure dirigée contre le prévenu des chefs de rébellion et d'outrage » : Cass. crim., 7 fév. 1995, préc. ; Cass. crim., 1^{er} sept. 2004, préc. ; Cass. crim., 11 mai 2005, préc.

⁵⁹⁴⁹ V. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, obs. sur CA Paris, 7 janv. 1997, Rev. sc. crim., 1999, p. 105, spéc. p. 107 ; J. BUISSON, note préc. sous Cass. crim., 11 mai 2005, précisant que « le citoyen ne peut avoir un droit de résistance éventuel que dans la mesure où l'acte de police exécuté à son encontre a l'apparence immédiate de l'illégalité, et non pas, comme a pu le soutenir une certaine doctrine, au cas d'illégalité grave ».

⁵⁹⁵⁰ D'autant qu'il faut se souvenir que la question de savoir si la résistance est permise pour repousser un acte coercitif illégal a parfois été délicate, comme en témoignent les controverses doctrinales et jurisprudentielles anciennes : V. E. GARÇON, Code pénal annoté, *op. cit.*, art. 209, n°104 à 140, p. 497 à 500, et not. n°130 à 140.

⁵⁹⁵¹ *Ibid.*

poursuites pénales ne seraient alors possibles qu'en cas de disproportion de la résistance opposée au regard de l'illégalité accomplie⁵⁹⁵².

1259. Cette doctrine mérite d'autant plus d'être consacrée que la contestation ultérieure de l'acte coercitif illégal⁵⁹⁵³, si elle peut conduire à son annulation, ne présente pas un intérêt décisif pour la personne poursuivie. Pareille contestation demeure une maigre consolation pour celle-ci, dans la mesure où elle apparaît avant tout théorique. « Comment, en effet, contester un menottage illégal, comment contester un contrôle d'identité abusif, actes qui sont très ponctuels et qui, lorsqu'ils ne donnent pas lieu à une procédure ultérieure, ne le donnent pas davantage à la confection d'un écrit. Comment démontrer, le temps ayant passé et en l'absence de toutes traces, que l'attitude manifestée n'était dangereuse ni pour soi ni pour autrui, que l'on n'était pas susceptible de prendre la fuite ? Comment démontrer, dans de telles circonstances, qu'une attitude ne justifiait pas un contrôle d'identité de police judiciaire ? Mieux encore, comment recueillir, lors d'un contrôle d'identité par exemple, les renseignements minimaux relatifs aux agents qui recourent à cette mesure pour pouvoir ultérieurement effectuer sa contestation, sans déclencher leur ire et s'exposer à ce que ledit contrôle ne devienne un peu plus tatillon et ne conduise à une vérification d'identité dans les locaux de police »⁵⁹⁵⁴ ? Ces éléments doivent être pris en compte pour faire évoluer le droit positif à ce sujet.

1260. Caractérisée par le fait d'opposer une résistance violente à un agent public aux termes de l'article 433-6 du C.P., la rébellion s'entend de tout acte de résistance active. L'infraction est consommée par « tout acte de résistance active à l'intervention des agents dépositaires de l'autorité publique, même sans atteinte physique à la personne de ces derniers »⁵⁹⁵⁵. Dès lors, le délit n'est pas constitué si la personne fait preuve d'une simple résistance passive, d'une inertie, et affiche un refus d'obtempérer ; par exemple, lorsqu'elle « fait l'œuf » en s'agrippant au volant de son véhicule et refuse de suivre les gendarmes⁵⁹⁵⁶ ou se couche sur la chaussée comme un manifestant et se laisse porter par ceux-ci. Il s'avère en revanche constitué si l'attitude du citoyen traduit une résistance active. Ainsi lorsque celui-ci tente de s'enfuir en cherchant à faire tomber un gardien de la paix⁵⁹⁵⁷ ou à se dégager alors que les policiers l'ont saisis par le bras⁵⁹⁵⁸, voire en adoptant un comportement menaçant

⁵⁹⁵² *Ibid.*

⁵⁹⁵³ Laquelle apparaît évidemment toujours possible, certains arrêts le rappelant : V. par ex., CA Paris, 7 janv. 1997, préc.

⁵⁹⁵⁴ A. MARON, note sous CA Paris, 7 janvier 1997, Dr. pénal, 1998, comm. n°140.

⁵⁹⁵⁵ Cass. crim., 10 nov. 1998, préc. ; Cass. crim., 11 mai 2005, Dr. pénal, 2005, comm. n°124, note M. VERON ; Cass. crim., 7 nov. 2006, préc. *Adde*, Cass. crim., 15 mars 1972, Bull. crim., n°106. A la lecture d'arrêts anciens, il est possible de croire que la jurisprudence a d'abord adopté une position contraire : V. Cass. crim., 4 fév. 1910, Bull. crim., n°39 ; Cass. crim., 4 déc. 1926, Bull. crim., n°293. Mais elle a considéré, en même temps, que les violences et voies de fait, éléments constitutifs de la rébellion, peuvent avoir été commises sans que des coups aient été portés (actes matériels pouvant vivement impressionner, causer une émotion violente...). Sur ce point, E. GARÇON, *op. cit.*, art. 209, n°22 et s., p. 491 et les arrêts cités.

⁵⁹⁵⁶ Cass. crim., 1^{er} mars 2006, Bull. crim., n°58 ; Dr. pénal, 2006, comm. n°68, note M. VERON.

⁵⁹⁵⁷ Cass. crim., 28 sept. 1970, D., 1970, jurispr., p. 706.

⁵⁹⁵⁸ Cass. crim., 10 nov. 1998, préc. ; Cass. crim., 8 nov. 2011, préc., pour une volte-face d'un mineur ayant occasionné à un agent des douanes la fracture de l'une de ses phalanges. *Adde*, Cass. crim., 26 juin 2012, préc., où la cour d'appel de renvoi

de nature à impressionner la personne agissant dans l'exercice de ses fonctions⁵⁹⁵⁹. Visée à l'article 433-6 du C.P., la résistance « violente » n'exige pas forcément l'usage d'actes « violents »⁵⁹⁶⁰. C'est la raison pour laquelle la rébellion peut se définir par « le recours à tout acte qui interdit ou empêche l'exercice normal de sa mission par le dépositaire de l'autorité publique, même si finalement il parvient à ses fins »⁵⁹⁶¹.

1261. Une autre question juridique se pose sur le plan des qualifications pénales. Lorsque la personne contrôlée ou interpellée, assujettie à un acte coercitif illégal, exerce des violences sur des policiers ou gendarmes et résiste à son arrestation, quel est le maximum de résistance retenu sous la qualification de rébellion, et au-delà de celle-ci, des poursuites pénales sont-elles possibles du chef de violences ? La Cour de cassation a admis le cumul d'infractions et le prononcé d'une double condamnation pour rébellion et violences volontaires aggravées⁵⁹⁶². Elle lui a toutefois posé une limite. Pour être admissible, ce cumul exige, à titre impératif, des actes de violence différents de ceux constituant une résistance violente, élément constitutif de la rébellion⁵⁹⁶³. Une double poursuite demeure donc envisageable à condition de distinguer clairement pour chacune des infractions les faits poursuivis qui en caractérisent les éléments constitutifs respectifs ; car les mêmes faits sont insusceptibles de faire l'objet de condamnations cumulées sous les deux qualifications⁵⁹⁶⁴. Protectrice des libertés individuelles dans la mesure où elle évite le prononcé d'une double condamnation, la solution reste néanmoins discutable au regard des valeurs respectives engagées par les deux incriminations en conflit. Dans le Code pénal, ces infractions ne sont pas réprimées dans la même division : les violences physiques correspondent aux atteintes aux personnes, la rébellion constitue une atteinte à l'administration publique⁵⁹⁶⁵. Lorsque des violences physiques forment le support d'une rébellion, rien ne s'oppose alors à ce qu'elles soient doublement sanctionnées, au titre d'agression d'abord, puis en ce qu'elles incarnent de résistance à l'autorité⁵⁹⁶⁶.

devoir caractériser les actes de résistance violente si elle voulait entrer en voie de condamnation, la simple fuite de l'individu ne pouvant caractériser une telle résistance.

⁵⁹⁵⁹ V. Cass. crim., 26 nov. 1970, Bull. crim., n°315 ; Cass. crim., 15 mars 1972, préc.

⁵⁹⁶⁰ M. VERON, note sous Cass. crim., 11 mai 2005, Dr. pénal, 2005, comm. n°124.

⁵⁹⁶¹ *Ibid.*

⁵⁹⁶² Cass. crim., 3 juin 1993, Dr. pénal, 1993, comm. n°231, note M. VERON (condamnation du prévenu pour rébellion, outrages à agent, coups ou violences volontaires avec arme, détérioration volontaire d'objet mobilier).

⁵⁹⁶³ Cass. crim., 21 fév. 2006, Bull. crim., n°47 ; Dr. pénal, 2006, comm. n°69, note M. VERON ; Rev. sc. crim., 2006, p. 604, obs. (critiques) Y. MAYAUD.

⁵⁹⁶⁴ Dans cette optique, un arrêt illustre bien cette possibilité de cumul des poursuites, même si tel n'avait pas été le cas en l'espèce, puisque seul le délit de rébellion avait été retenu : Cass. crim., 28 sept. 1970, préc., où le prévenu avait tenté de s'enfuir en cherchant à faire tomber le gardien de la paix qui venait de l'arrêter en flagrant délit (rébellion), mais lui avait en plus porté des coups que le policier avait dû parer (violences aggravées).

⁵⁹⁶⁵ Y. MAYAUD, obs. sur Cass. crim., 21 fév. 2006, Rev. sc. crim., 2006, p. 604, spéc. p. 605.

⁵⁹⁶⁶ *Ibid.*

1262. Si la complicité de rébellion apparaît concevable en application de la règle de l'emprunt de criminalité⁵⁹⁶⁷, la rébellion ne saurait être considérée, au sens de l'article 132-16-4 du C.P., comme étant un délit commis avec la circonstance aggravante de violences au regard de la récidive⁵⁹⁶⁸. Selon le juge pénal, le délit de rébellion ne se confond pas avec celui de violences volontaires, il ne peut pas davantage être commis avec la circonstance aggravante de violences puisque le fait d'opposer une résistance violente participe de la définition même de l'infraction. En réalité, « les agissements caractérisant le délit de rébellion pourraient trouver leur juste place entre, d'une part, les actes de résistance passive (...) exclus de la répression et, d'autre part, les violences volontaires au sens des articles 222-7 et suivants du Code pénal. La résistance violente opposée par le récalcitrant pourrait être assimilée à tout acte de résistance active défini comme le fait de se débattre, de gesticuler, de repousser, et ce, à l'exclusion de toute violence volontaire proprement dite, tels que les coups portés directement aux agents publics »⁵⁹⁶⁹. Cette approche précise de l'élément matériel constitutif de la rébellion, commise lors de l'exécution d'un acte coercitif, permet de faire la lumière sur ce délit difficile à distinguer d'autres qualifications. Sous peine de poursuites pénales, la dénonciation de l'acte coercitif impose de le subir en fin de compte, même lorsqu'il se révèle arbitraire. Il s'avère de surcroît indispensable de faire constater, au préalable, son illégalité.

B – La nécessaire constatation de l'illégalité de l'acte

1263. Reprenant presque mot pour mot l'article 681, alinéa 5, du C.P.P. abrogé par la loi du 4 janvier 1993, l'article 6-1 du C.P.P., introduit par une loi n°95-125 du 8 février 1995, dispose : « lorsqu'un crime ou un délit prétendument commis à l'occasion d'une poursuite judiciaire impliquerait la violation d'une disposition de procédure pénale, l'action publique ne peut être exercée que si le caractère illégal de la poursuite ou de l'acte accompli à cette occasion a été constaté par une décision devenue définitive de la juridiction répressive saisie. Le délai de prescription de l'action publique court à compter de cette décision ». La résurgence rapide de cette exception préjudicielle aux poursuites a été jugée indispensable par le législateur⁵⁹⁷⁰. En son absence, toute personne pouvait dénoncer un crime ou un délit perpétré par un magistrat ou un fonctionnaire de police au cours d'une enquête et mettre en mouvement l'action publique sans aucun filtre. L'exécution d'un acte coercitif – ou non coercitif⁵⁹⁷¹ – soi-disant illégal, constitutif d'une infraction, donnait lieu à des poursuites

⁵⁹⁶⁷ Notamment lorsque des individus prêtent assistance à l'auteur de la rébellion : V. Cass. crim., 15 déc. 2009, Dr. pénal, 2010, comm. n°32 (1^{ère} espèce), note M. VERON ; Cass. crim., 8 déc. 2009, préc., où une personne jette des graviers et des débris de verre en direction d'un policier, en sommant celui-ci de relâcher son camarade.

⁵⁹⁶⁸ Cass. crim., 8 déc. 2009, préc. ; Cass. crim., 15 déc. 2009, préc.

⁵⁹⁶⁹ J.-L. LENNON, note sous Cass. crim., 8 déc. 2009, D., 2010, p. 1132, spéc. n°9, p. 1135.

⁵⁹⁷⁰ Et la chambre criminelle a décidé de ne pas renvoyer au juge constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité fondée sur l'article 6-1 du C.P.P. : Cass. crim., 5 avril 2011, Inédit, n°10-88079.

⁵⁹⁷¹ Le texte évoque « le caractère illégal de la poursuite ou de l'acte accompli ». Ne sont donc pas visés, à titre exclusif, les actes coercitifs. Mais seuls ceux-ci intéressent cette étude. C'est pourquoi les développements qui suivent se réfèrent à chaque fois, ou presque, à l'illégalité de l'acte coercitif.

immédiates contre son auteur au moyen d'une plainte avec constitution de partie civile ou d'une citation directe. L'article 6-1 permet donc de paralyser l'exercice de l'action publique. Il n'y a pas d'autre choix que d'attendre la reconnaissance de l'illégalité de l'acte coercitif par la chambre de l'instruction ou le tribunal correctionnel. Il est normal qu'une telle disposition soit controversée. Elle aboutit, au fond, à décourager la victime à mettre en mouvement l'action publique.

1264. Cet obstacle à l'engagement des poursuites tranche avec les prérogatives accordées à la victime d'une infraction bénéficiant, à son initiative, d'un accès étendu aux juridictions répressives⁵⁹⁷². Il tend, avant tout, à décourager les manœuvres dilatoires des personnes qui, impliquées dans une procédure, déposent plainte afin d'engager la responsabilité des enquêteurs ou du juge d'instruction⁵⁹⁷³. Ces personnes se présentent comme les victimes d'une infraction sanctionnant la violation d'une règle de procédure. Les dispositions de l'article 6-1 du C.P.P. subordonnent alors la mise en mouvement de l'action publique au constat, devenu définitif, de l'illégalité de l'acte dénoncé par le juge pénal saisi⁵⁹⁷⁴. Cet acte peut posséder un caractère coercitif : arrestation arbitraire⁵⁹⁷⁵, perquisition constituant une violation de domicile par un agent public, interception téléphonique entamant le secret des correspondances... Sans doute est-il nécessaire d'assurer la protection des O.P.J. et magistrats qui mènent les investigations contre les accusations fantaisistes et les procédures abusives⁵⁹⁷⁶. Il n'empêche que les droits d'agir en justice et à un recours effectif du citoyen, tels que prévus par les articles 6 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, apparaissent malmenés⁵⁹⁷⁷, malgré l'affirmation contraire de la Cour de cassation⁵⁹⁷⁸. Il existe, par ailleurs, un fondement supplémentaire à l'article 6-1 du C.P.P. Il évite toute contradiction entre la décision prise par la juridiction saisie de la procédure initiale et celle qui serait saisie de poursuites pour une infraction commise à cette occasion⁵⁹⁷⁹.

1265. La chambre criminelle procède à une interprétation stricte de ce texte. La victime d'une infraction pénale doit attendre la constatation de l'illégalité de l'acte coercitif accompli avant de

⁵⁹⁷² Sur ce constat, C. DI MARINO, *Investigations policières (...)*, *op. cit.*, p. 248, expliquant que le but de cette disposition est « le refoulement des plaintes avec constitution de partie civile et des citations directes à comparaître devant les juridictions pénales que s'aviseraient d'initier ceux qui se considèrent comme victimes d'une atteinte illicite policière ».

⁵⁹⁷³ V. R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. II, *op. cit.*, n°338. Toute personne qui concourt à la mise en œuvre de la procédure pénale est concernée par l'article 6-1 du C.P.P. : magistrats, fonctionnaires de police, militaires de la gendarmerie, greffiers, officiers ministériels, experts, techniciens... Un acte coercitif illégal, constitutif d'une infraction, est toutefois susceptible d'être accompli par les magistrats, policiers et gendarmes.

⁵⁹⁷⁴ V. J. BUISSON, note sous Cass. crim., 28 janv. 1997, *Procédures*, 1997, comm. n°122.

⁵⁹⁷⁵ En particulier, en cas d'irrégularité des mesures de garde à vue ou de détention provisoire pour irrespect des délais légaux : V. par ex., Cass. crim., 31 mai 1983, *Bull. crim.*, n°163 (garde à vue).

⁵⁹⁷⁶ Rapp., C. DI MARINO, *op. cit.*, p. 248 et 249, pour qui il s'agit « de laisser au parquet le soin de sélectionner lui-même les atteintes justifiant qu'un officier de police judiciaire ou un agent de police judiciaire fasse l'objet de poursuites pénales et (...) d'éviter que les enquêteurs ne se trouvent freinés ou déstabilisés dans leur mission de police judiciaire par l'existence d'une procédure les visant à titre personnel ».

⁵⁹⁷⁷ V. aussi, C. DEBBASCH, *Le contrôle de légalité des actes (...)*, *op. cit.*, p. 508.

⁵⁹⁷⁸ Cass. crim., 28 janv. 1997, *Bull. crim.*, n°37 ; *Procédures*, 1997, comm. n°122, note J. BUISSON ; *Rev. sc. crim.*, 1997, p. 664, obs. J.-P. DINTILHAC ; Cass. crim., 25 avril 2001, *Dr. pénal*, 2001, comm. n°120 (1^{er} arrêt), note A. MARON.

⁵⁹⁷⁹ V. CA Paris (11^{ème} ch.), 3 mai 2000, citée dans Cass. crim., 14 fév. 2001, *Bull. crim.*, n°42.

pouvoir mettre en mouvement l'action publique. Il faut, bien entendu, qu'il y ait un fait infractionnel⁵⁹⁸⁰. Il faut aussi que le crime ou le délit prétendument commis l'ait été au cours d'une poursuite judiciaire. Il peut s'agir d'une information, voire d'une enquête préliminaire ou de flagrance, mais à condition que le parquet ait engagé des poursuites à l'issue de l'une ou l'autre de ces enquêtes. Si l'enquête débouche sur un classement sans suite et qu'aucune juridiction d'instruction ou de jugement n'est saisie, il n'y a pas de poursuite judiciaire. En outre, l'existence d'une décision définitive de la juridiction répressive, écartant l'illégalité de l'acte, met obstacle à l'exercice des poursuites pour la répression du crime ou du délit invoqué⁵⁹⁸¹. Dans la situation inverse, en l'absence de décision définitive du juge pénal constatant son caractère illégal, celles-ci ne sont pas davantage possibles⁵⁹⁸². Si l'illégalité n'a pas été encore constatée par le juge pénal saisi, la personne qui se prétend lésée⁵⁹⁸³ dispose tout de même d'un recours, puisqu'elle peut agir en réparation devant le juge civil⁵⁹⁸⁴. La Cour de cassation encadre d'une autre façon l'exception préjudicielle à la mise en mouvement de l'action publique. Elle prend soin de vérifier que les infractions dénoncées impliquent la violation d'une disposition de procédure pénale, non une règle de droit pénal de fond⁵⁹⁸⁵.

1266. Edictées dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, les prescriptions de l'article 6-1 du C.P.P. sont d'ordre public et leur méconnaissance entraîne une nullité pouvant être invoquée à toute hauteur de la procédure et même d'office, pour la première fois devant la Cour de cassation. C'est une nullité d'ordre public qui s'avère encourue si les poursuites sont déclenchées contre le magistrat, le gendarme ou le policier, alors que l'acte coercitif en cause n'a pas été annulé au préalable. Il demeure toutefois nécessaire de faire état de ces dispositions lors de la mise en mouvement de l'action publique. En définitive, ce texte retarde de manière considérable le prononcé éventuel d'une sanction contre l'auteur de l'acte illégal. Le législateur en a conscience. L'article 6-1 du C.P.P. précise *in fine* que le délai de prescription de l'action publique court à compter de la

⁵⁹⁸⁰ Tel n'est pas le cas d'une garde à vue décidée en matière de trafic de stupéfiants et prolongée à tort en raison d'une erreur de qualification des faits : Cass. crim., 5 déc. 1995, Dr. pénal, 1996, chron. n°41, par V. LESCLUS et C. MARSAT, préc.

⁵⁹⁸¹ Cass. crim., 26 nov. 1996, Bull. crim., n°424 (cassation) ; Cass. crim., 29 janv. 1997, Bull. crim., n°39 ; Rev. sc. crim., 1997, p. 664, obs. J.-P. DINTILHAC ; Cass. crim., 6 mai 1997, Bull. crim., n°169 ; Cass. crim., 27 sept. 2005, Bull. crim., n°235 (cassation partielle de l'arrêt de la chambre de l'instruction en ce qu'il confirme l'obligation d'informer des chefs d'arrestation arbitraire, abus d'autorité et acte d'intimidation envers un avocat, alors que l'illégalité du placement en garde à vue a été écartée par un arrêt devenu définitif).

⁵⁹⁸² La jurisprudence se montre inflexible sur ce point : Cass. crim., 28 janv. 1997, préc. ; Cass. crim., 21 avril 1998, Bull. crim., n°139 ; Cass. crim., 10 mai 2001, Dr. pénal, 2001, comm. n°120 (2^{ème} arrêt), note A. MARON ; Cass. crim., 27 sept. 2005, préc. ; Cass. crim., 7 déc. 2005, Bull. crim., n°325 ; D., 2006, pan., p. 621, obs. J. PRADEL ; M. ANZANI, L'article 6-1 du Code de procédure pénale et le faux commis à l'occasion d'une poursuite judiciaire, Dr. pénal, 2006, Etude n°5 ; Cass. crim., 25 juin 2013, Bull. crim., n°151 ; Rev. sc. crim., 2013, p. 837, obs. (approbatives) X. SALVAT (affaire des fadettes), rappelant que lorsque les délits dénoncés impliquent la violation de dispositions de procédure pénale, l'action publique ne peut être engagée qu'après la constatation définitive du caractère illégal des actes accomplis.

⁵⁹⁸³ Comme les tiers qui n'étaient pas autorisés à agir en nullité jusqu'à une époque récente.

⁵⁹⁸⁴ Cass. crim., 14 fév. 2001, préc., à propos d'une perquisition arguée d'illégalité.

⁵⁹⁸⁵ Cass. crim., 16 oct. 2001, Bull. crim., n°207 (dénonciation de la relation prétendument inexacte, dans un rapport d'enquête, de l'intervention d'un gendarme auquel sont imputées des violences) ; Cass. crim., 7 déc. 2005, préc., où elle approuve les juges du fond, dès lors que les faits dénoncés impliquaient la violation des dispositions de l'article 63-1 du C.P.P., qui imposent à l'O.P.J. de notifier immédiatement à la personne son placement en garde à vue, mais aussi de consigner par procès-verbal l'accomplissement de cette formalité ; Cass. crim., 6 janv. 2009, Bull. crim., n°1 ; A.J. pénal, 2009, p. 177, obs. C. GIRAULT (cassation).

décision, devenue définitive, ayant constaté l'illégalité de l'acte ou de la poursuite. En dépit de ce texte, voué à retarder les poursuites à son encontre, l'auteur d'un acte coercitif constitutif d'une infraction devra s'expliquer devant le juge pénal. C'est justement à la responsabilité de celui qui effectue un tel acte dont il convient de s'intéresser à présent.

Section II – La responsabilité de l'auteur de l'acte coercitif arbitraire

1267. Qu'il soit magistrat ou O.P.J., celui qui ordonne ou accomplit arbitrairement un acte coercitif au cours d'une procédure engage sa responsabilité pénale, civile et disciplinaire⁵⁹⁸⁶. Ces diverses responsabilités ne sont pas toujours cumulées pour un même fait. Toutefois, il semble difficilement concevable que l'auteur de l'acte puisse échapper à une triple condamnation : pénale, civile et disciplinaire. De nature différente, les trois sortes de responsabilité doivent être distinguées. Certaines sont « extériorisées » à l'égard de la victime de l'acte coercitif illégal, tandis qu'une autre reste « intériorisée »⁵⁹⁸⁷. Dans la mesure où elles s'avèrent plus transparentes, les responsabilités civile et pénale peuvent être qualifiées d'externes. Elles paraissent paradoxalement peu effectives. Plus opaque, la responsabilité disciplinaire se montre davantage effective. C'est dire que l'effectivité de la responsabilité interne (§2) vient en quelque sorte compenser l'ineffectivité des responsabilités externes (§1).

§1 – L'ineffectivité des responsabilités externes

1268. Un véritable contraste existe entre la responsabilité pénale de l'auteur d'un acte coercitif arbitraire et sa responsabilité civile. La première demeure personnelle, si bien que celui-ci supporte seul la répression pénale. En revanche, la réparation civile est souvent assurée par l'Etat, notamment par l'Administration⁵⁹⁸⁸. Au-delà de cette différence fondamentale, ces deux ordres de responsabilité se rapprochent du point de vue de leur manque d'effectivité. La mise en œuvre de la responsabilité pénale de l'agent ayant accompli l'acte infractionnel reste compliquée. Celle-ci se révèle très encadrée. Quant à sa responsabilité civile, elle se montre presque virtuelle, puisque c'est l'Etat qui endosse la réparation pécuniaire. A la défaveur de la responsabilité pénale (A), s'ajoute donc la dilution de la responsabilité civile (B).

⁵⁹⁸⁶ Est donc autant visé l'auteur moral que matériel de l'infraction. V. art. 432-4 et 432-9 du C.P., évoquant, respectivement, « le fait (...) d'ordonner ou d'accomplir arbitrairement (...) » et « le fait (...) d'ordonner, de commettre ou de faciliter, hors les cas prévus par la loi (...) ».

⁵⁹⁸⁷ Ces termes sont empruntés à M. DEGUERGUE, *in* Les champs généraux de la responsabilité et leur application aux magistrats, *in* La responsabilité des magistrats, Entretiens d'Aguesseau, P.U.L.I.M., 2008, S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), p. 93 et s., spéc. p. 93.

⁵⁹⁸⁸ V. A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *op. cit.*, n°1493 à 1497, p. 751 à 754 ; J. BUISSON, La responsabilité pécuniaire du fait d'un acte de police dommageable, élément de la garantie du citoyen, *in* Politique(s) criminelle(s), Mélanges C. LAZERGES, Dalloz, 2014, p. 477 et s., not. p. 478.

A – La défaveur de la responsabilité pénale

1269. Responsabilité personnelle, la responsabilité pénale des magistrats, policiers et gendarmes ayant abusé de la coercition dans l'exercice de leurs fonctions⁵⁹⁸⁹, apparaît peu engagée. La rareté des condamnations prononcées de ce chef l'atteste⁵⁹⁹⁰. Peut-être les poursuites ne sont-elles guère favorisées en raison du caractère infamant d'une condamnation pénale et du discrédit que celle-ci pourrait jeter sur l'action des enquêteurs et de la justice répressive. En supprimant les privilèges de juridiction pour les magistrats et les membres de la police judiciaire, la loi du 4 janvier 1993 a pourtant laissé croire que ces poursuites seraient plus nombreuses⁵⁹⁹¹. Elle les a abrogés eu égard aux difficultés d'application de ces règles. Un allongement des délais de traitement des affaires s'est produit, de sorte que l'opinion publique les a perçus comme une protection injustifiée, accordée aux personnes concernées. Dérogation aux règles de la compétence territoriale, de telles dispositions tendaient à assurer la sérénité de la justice et à préserver l'impartialité des juges appelés à se prononcer sur la culpabilité du mis en cause⁵⁹⁹². Tout privilège de juridiction au profit des magistrats et des enquêteurs soupçonnés ayant disparu⁵⁹⁹³, ceux-ci peuvent être poursuivis, en théorie, comme n'importe quel autre citoyen au nom du principe d'égalité de tous devant la loi pénale.

1270. Il n'en demeure pas moins que l'article 6-1 du C.P.P. forme un obstacle certain à l'engagement de ces poursuites pénales. Prohibant l'exercice de l'action publique tant que le caractère illégal de l'acte coercitif (ou de l'acte non coercitif ou de la poursuite) effectué à l'occasion d'une poursuite judiciaire n'a pas été constaté, ce texte peut être perçu comme un moyen de retarder la mise en œuvre de la responsabilité pénale du membre de la police judiciaire ou du magistrat, partant sa condamnation, sous réserve que celui-ci ait bien perpétré le crime ou le délit dénoncé. Différer l'examen de la culpabilité de l'auteur prétendu des faits reprochés constitue déjà un signe de la défaveur à l'engagement de sa responsabilité. Reporter cette question est même parfois analysé

⁵⁹⁸⁹ Seul intéresse l'étude le fait d'ordonner ou d'accomplir un acte coercitif constitutif d'une infraction pénale au cours de la procédure. Pour les actes commis en dehors de l'exercice de ses fonctions, le magistrat ou l'O.P.J. reste passible de poursuites classiques devant les tribunaux, à l'instar de n'importe quel citoyen.

⁵⁹⁹⁰ Sur le constat, dénonçant aussi cette rareté : B. BOULOC, *Les abus (...)*, *op. cit.*, p. 221 et 222 ; H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes (...)*, *op. cit.*, n°1055, p. 841 ; M. DEGUERGUE, *op. cit.*, p. 93. V. toutefois, par ex., Cass. crim., 16 nov. 2004, Bull. crim., n°289 ; A.J. pénal, 2005, jurisp., p. 76, obs. J. C. ; Cass. crim., 14 juin 2005, Bull. crim., n°178 ; Cass. crim., 10 fév. 2009, Bull. crim., n°34 ; A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 231, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; Procédures, 2009, comm. n°174, note J. BUISSON ; D., 2009, pan., p. 2240, obs. J. PRADEL ; Rev. sc. crim., 2009, p. 373, obs. Y. MAYAUD ; C. VIGOUROUX, *Le contrôle de la police*, in *L'Etat de droit*, Mélanges G. BRAIBANT, Dalloz, 1996, p. 743 et s., spéc. p. 751 et les exemples cités en note n°30, même s'il s'agit de condamnations pour coups et blessures volontaires, agression sexuelle, viol...

⁵⁹⁹¹ Sur le droit antérieur à 1993 (art. 679 et s. du C.P.P.) : A. VITU, *La mise en œuvre de la responsabilité pénale des magistrats et des membres de la police judiciaire en droit français*, in *En hommage à J. CONSTANT*, Faculté de droit de Liège, 1971, p. 373 et s. ; H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, n°1057 à 1059, p. 842 à 844.

⁵⁹⁹² A cet égard, H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, n°1051, p. 838 et 839 ; A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *op. cit.*, n°1500, p. 756, expliquant que pour éviter tout soupçon de partialité des magistrats travaillant au quotidien avec l'O.P.J. poursuivi, le législateur avait préféré soustraire celui-ci à ses juges naturels, lorsqu'il avait commis un crime ou un délit dans le ressort de sa circonscription.

⁵⁹⁹³ Le droit positif permet en revanche les renvois d'un tribunal à un autre : art. 662 à 667-1 du C.P.P.

comme une stratégie d'évitement, une manière de garantir l'impunité à l'agent public. Une doctrine voit dans cet article 6-1 une disposition « de nature à faire échec à certaines poursuites et à assurer l'impunité des fonctionnaires de police pour des actes commis dans l'exercice de leurs fonctions »⁵⁹⁹⁴.

1271. Le droit pénal français ne se contente pas de différer l'exercice de l'action publique contre un O.P.J. ou un magistrat, taxé d'avoir accompli un acte coercitif arbitraire. La jurisprudence refuse que les juges engagent leur responsabilité pénale, motif pris du contenu de leurs décisions juridictionnelles. Celles-ci ne sauraient constituer intrinsèquement une infraction. « En vertu du principe constitutionnel qui garantit l'indépendance des magistrats du siège, leurs décisions juridictionnelles ne peuvent être critiquées, tant dans les motifs que dans le dispositif qu'elles comportent, que par le seul exercice des voies de recours prévues par la loi ; que ce principe ainsi d'ailleurs que celui du délibéré, mettant obstacle à ce qu'une décision de justice puisse être considérée comme constitutive par elle-même d'un crime ou d'un délit, il en ressort que les magistrats du siège mis en cause ne sont pas susceptibles d'être inculpés des infractions que leur imputent les plaignants »⁵⁹⁹⁵. Un principe identique prévaut pour le magistrat du parquet visé par une plainte, dès lors que « le ministère public prend les réquisitions et développe librement les observations qu'il croit convenables au bien de la justice »⁵⁹⁹⁶.

1272. En posant cette solution, la chambre criminelle a sensiblement restreint le champ d'application de la responsabilité pénale des magistrats. Sa position paraît compréhensible de prime abord. Elle évite aux magistrats du siège et du parquet d'être inquiétés par des individus qu'ils ont décidés de poursuivre ou de condamner⁵⁹⁹⁷. Mécontents de leur sort, ceux-ci pourraient engager leur responsabilité à des fins dilatoires ou vindicatives. Ces arrêts de 1981 font néanmoins des juges, comme des membres du ministère public, « des personnages “intouchables” »⁵⁹⁹⁸. Or, même s'il s'agit d'une hypothèse résiduelle, il demeure possible que l'acte coercitif soit exécuté de façon malveillante, uniquement par animosité à l'endroit de la personne concernée⁵⁹⁹⁹. Est-il inconcevable qu'un magistrat ne délivre un mandat de justice ou n'ordonne un placement sous contrôle judiciaire du seul fait de son

⁵⁹⁹⁴ H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, n°1060, p. 845.

⁵⁹⁹⁵ Cass. crim., 19 nov. 1981, Bull. crim., n°308 ; Cass. crim., 9 déc. 1981 et Cass. crim., 9 mars 1983, D., 1983, jurisp., p. 352, note (critique) W. JEANDIDIER.

⁵⁹⁹⁶ *Ibid.*

⁵⁹⁹⁷ Ainsi, « le juge est hors de toute critique juridiquement efficace. L'immunité peut se définir comme cette contamination du statut de l'acte dans le statut de la personne. Cette immunité de la personne en raison du type d'acte qu'elle prend est le socle du droit de *Common Law* » : M.-A. FRISON-ROCHE, La responsabilité des magistrats comme mise à distance, *in* La responsabilité des magistrats, Entretiens d'Aguesseau, P.U.L.I.M., 2008, S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), p. 229 et s., not. n°16, p. 233.

⁵⁹⁹⁸ W. JEANDIDIER, note préc. sous Cass. crim., 9 déc. 1981 et 9 mars 1983, D., 1983, jurisp., p. 352, spéc. p. 356. Plus mesuré, mais dénonçant des décisions offrant une protection injustifiée au juge : G. BOLARD, De la responsabilité pénale du juge, J.C.P., 2005, I, 190.

⁵⁹⁹⁹ Rappr., évoquant l'hypothèse : D. LUDET, Les mécanismes actuels de la responsabilité des magistrats doivent-ils être modifiés ?, *in* La responsabilité des magistrats, Entretiens d'Aguesseau, P.U.L.I.M., 2008, S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), p. 207 et s., spéc. p. 210.

inimitié vis-à-vis d'un citoyen, ou bien par vengeance à son encontre ? Dans pareil cas, l'individu devrait pouvoir reprocher au magistrat, « en ayant rendu une décision de justice inique, d'avoir satisfait une haine personnelle ou, plus généralement d'avoir accompli telle ou telle action incriminée par le Code pénal ». D'après la jurisprudence précitée, « il est impunissable », ce qui apparaît « difficilement admissible »⁶⁰⁰⁰. Elle ne va cependant pas jusqu'à s'opposer à l'application des dispositions relatives aux abus d'autorité, inscrites aux articles 432-4 et suivants du Code pénal. Afin d'obtenir la condamnation du magistrat peu scrupuleux, le parquet et le justiciable soumis à l'acte coercitif arbitraire doivent démontrer sa partialité et même, de manière plus précise, son intention criminelle⁶⁰⁰¹.

1273. Hormis les crimes et délits détachables de la fonction⁶⁰⁰², les policiers ou gendarmes perpétuent parfois des infractions « non détachables de la fonction dans la mesure où elles sanctionnent l'exercice de la coercition »⁶⁰⁰³. Dans cette seconde hypothèse, « la responsabilité pénale de l'agent de la force publique devrait, à l'instar de sa responsabilité pécuniaire, être appréciée à l'aune de son intention de nuire, s'agissant d'une profession dont les erreurs sont souvent constitutives d'infractions intentionnelles »⁶⁰⁰⁴. Là encore, il faudrait prouver cette intention malveillante pour condamner l'O.P.J., auteur de l'acte coercitif illégal. Sa responsabilité pénale semble pouvoir être engagée si son acte résulte d'une erreur professionnelle, provoquée par l'apparence ou la mauvaise qualification des faits⁶⁰⁰⁵. Vu l'urgence avec laquelle il doit intervenir, cela risque d'être fréquent⁶⁰⁰⁶. L'intention criminelle fait cependant défaut. Ladite responsabilité ne devrait donc pas être retenue.

1274. Cette question se montre très délicate. Elle consiste à rechercher un équilibre entre la protection spéciale des O.P.J. en cas d'erreur ayant abouti à l'exécution d'un acte coercitif constitutif d'une infraction pénale et la protection des libertés, qui commande de ne pas accorder l'impunité totale pour cet acte. La solution résiderait dans une conception renouvelée de l'intention, « une conception autre que celle des pénalistes », et « une distinction analogue à celle des administrativistes

⁶⁰⁰⁰ W. JEANDIDIER, note préc., p. 356.

⁶⁰⁰¹ Rapp., G. GIUDICELLI-DELAGE, La responsabilité des magistrats et de l'Etat en matière pénale, *in* La responsabilité des gens de justice, Justices, n°5, 1997, p. 25 et s., not. p. 35, pour qui « nombre de fautes lourdes sont en fait des comportements illégaux dont certains constituent des infractions. Atteintes volontaires à l'intégrité physique, violation de domicile, violation du secret professionnel (...) » ; Adde, W. JEANDIDIER, note préc., p. 357.

⁶⁰⁰² Ainsi des violences commises par un policier sur une personne interpellée, soumise à un contrôle d'identité ou placée en garde à vue (V. par ex., Cass. crim., 19 oct. 1994, Dr. pénal, 1995, comm. n°36, note M. VERON). Ces comportements interdits peuvent également être l'escroquerie, la corruption... Ils doivent toujours être sévèrement réprimés. En ce sens aussi, A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *op. cit.*, n°1495, p. 753, et la note n°9, où ils ajoutent, avec raison, que ces actes délictueux doivent entraîner la révocation systématique de son auteur après la procédure disciplinaire *ad hoc*.

⁶⁰⁰³ A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *op. et loc. cit.*

⁶⁰⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁰⁵ V. par ex., Cass. crim., 10 oct. 1968, Bull. crim., n°252, affirmant que l'inobservation des règles en matière de garde à vue engage la responsabilité personnelle des O.P.J. qui les auraient méconnues, « même au regard de la loi pénale ».

⁶⁰⁰⁶ Sur la question : A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *op. cit.*, n°1497, p. 754.

entre faute personnelle et faute de service »⁶⁰⁰⁷. Quoi qu'il en soit, il règne, en droit français, une certaine défaveur à engager la responsabilité pénale des magistrats, policiers et gendarmes qui procèdent à des actes coercitifs arbitraires. Leur responsabilité civile s'avère, de surcroît, largement diluée.

B – La dilution de la responsabilité civile

1275. Outre la condamnation pénale du membre de l'autorité répressive ayant ordonné ou exécuté un acte coercitif arbitraire, le citoyen qui l'a subi peut chercher à obtenir réparation du préjudice souffert. Garant des libertés individuelles, l'Etat de droit doit tenter d'effacer au mieux les effets négatifs de l'exécution de cet acte, car sa matérialité a causé un dommage indéniable à la personne concernée⁶⁰⁰⁸. Il va falloir lui octroyer des dommages-intérêts. Se pose alors la question de la juridiction compétente. La déterminer constitue déjà une garantie de la réparation de l'acte coercitif illégal (1°). Cette désignation ne saurait toutefois masquer la substitution de l'Etat à ses agents, qui institue une protection de l'auteur dudit acte (2°).

1°- La détermination de la juridiction compétente, garantie de réparation de l'acte coercitif illégal

1276. Afin d'obtenir réparation, il apparaît essentiel que la victime de l'acte coercitif constitutif d'une infraction (ou plus largement, la partie civile) engage la responsabilité de son auteur devant la juridiction compétente pour connaître de cette action. Depuis la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, la séparation des autorités administratives et judiciaires prévaut en droit français. En vertu de ce principe, le juge administratif ne dispose d'aucune compétence pour apprécier le fonctionnement des services judiciaires⁶⁰⁰⁹. Les tribunaux de l'ordre judiciaire bénéficient d'une compétence exclusive pour connaître des conséquences dommageables des actes de police judiciaire⁶⁰¹⁰ ; en d'autres termes, pour examiner la responsabilité des agents ayant procédé à des actes

⁶⁰⁰⁷ A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *op. cit.*, n°1498, p. 755. A l'appui de leur raisonnement, ces auteurs citent l'arrêt *Ziegler* de 1986, dans lequel la chambre criminelle s'est servie de la notion de nécessité pour éviter de punir trop sévèrement un policier, qui avait mal utilisé son arme à feu par erreur.

⁶⁰⁰⁸ V. en ce sens, A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *op. cit.*, n°1536, p. 775 ; J. BUISSON, La responsabilité pécuniaire (...), *op. cit.*, p. 478.

⁶⁰⁰⁹ A l'inverse, il est interdit au juge judiciaire de connaître des conséquences pécuniaires des litiges dans lesquels l'administration prend part. Selon l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790, « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ».

⁶⁰¹⁰ CE, 11 mai 1951 (affaire *Baud*), Rec., p. 265 ; S., 1952, III, p. 13, concl. DELVOLLE, note R. DRAGO ; T.C., 10 déc. 1956 (affaire *Randon*), D., 1957, jurisp., p. 483, concl. GUIONIN, les agissements en cause s'analysant en une voie de fait, car ils constituent « une atteinte à la sécurité des correspondances postales, liberté essentielle garantie par l'article 187 c. pén. (...) » ; T.C., 15 janv. 1968 (affaire *Tayeb*), D., 1968, jurisp., p. 417, concl. SCHMELCK ; T.C., 5 déc. 1977 (*Demoiselle Motsch*), A.J.D.A., 1978, p. 444 et 456, chron. par O. DUTHEILLET DE LAMOTHE et Y. ROBINEAU ; TA Nice, 15 oct.

coercitifs illégaux⁶⁰¹¹. Il est toutefois indispensable que l'opération en question soit réellement de police judiciaire, selon le critère finaliste retenue par la jurisprudence⁶⁰¹², pour que le contentieux échappe à la connaissance de la juridiction administrative⁶⁰¹³.

1277. Dans le souci d'éviter les conflits de compétence nés d'actes coercitifs illégaux, une loi du 7 février 1933 a introduit certaines règles dans l'article 112 du C.I.C.⁶⁰¹⁴. S'agissant des violations des mesures protectrices de la liberté individuelle, le conflit d'attribution ne peut jamais être soulevé et les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents. Le principe vaut aussi dans toute instance civile fondée sur des faits constitutifs des infractions d'atteinte au droit à la sûreté et d'atteinte à l'inviolabilité du domicile⁶⁰¹⁵. Ces dispositions ont pour conséquence « de supprimer, à l'égard des attentats à la liberté et de l'abus d'autorité de l'article 184 du Code pénal (de 1810), le conflit sur l'action civile et l'effet indirect de ce conflit sur l'action publique »⁶⁰¹⁶. Le Code de procédure pénale de 1958 les reprend et les précise à l'article 136, alinéas 3 et 4⁶⁰¹⁷. Dans leur version en vigueur, ceux-ci énoncent : « dans les cas visés aux deux alinéas précédents et dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle, le conflit ne peut jamais être élevé par l'autorité administrative et les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents. Il en est de même dans toute instance civile fondée sur des faits constitutifs d'une atteinte à la liberté individuelle ou à l'inviolabilité du domicile prévue par les articles 432-4 à 432-6 et 432-8 du Code pénal, qu'elle soit dirigée contre la collectivité publique ou contre ses agents ». Eu égard au renvoi opéré par le texte, la compétence judiciaire exclusive s'exerce en cas d'atteinte aux libertés individuelles, puisqu'elle comprend la matière des visites domiciliaires, perquisitions et saisies, le contrôle judiciaire, la

1980 (*Zitouni*), D., 1981, jurispr., p. 200, note F. MODERNE ; T.C., 9 juin 1986 (*François*), R.D.P., 1987, p. 1677. Selon le critère finaliste retenu, est de police judiciaire tout acte ayant pour but la recherche d'une infraction et la poursuite de ses auteurs.

⁶⁰¹¹ A cet égard, J. ROBERT, *Les violations (...), op. cit.*, p. 281, soulignant qu'« il semble que l'on ait voulu (...) enlever aux tribunaux administratifs certaines affaires où étaient en jeu les intérêts primordiaux des particuliers, confier tout ce qui touchait de près ou de loin à l'homme et à sa liberté physique, à la protection de collèges traditionnellement sûrs ».

⁶⁰¹² Pour un exemple assez récent : T.C., 17 déc. 2012, *M^{me} Mérien / Ministre du budget*, n°3877 ; Rev. sc. crim., 2013, p. 587, obs. (approbatives) S. DETRAZ, énonçant que « les agissements de fonctionnaires des douanes commis lors de la constatation d'infractions au Code des douanes et de la recherche de leurs auteurs relèvent de l'exercice de la police judiciaire » et que « les litiges relatifs aux dommages que peuvent causer les fonctionnaires des douanes dans de telles circonstances, et sans même qu'il soit besoin de déterminer si le dommage trouve son origine dans une faute personnelle détachable du service, relèvent de la compétence des tribunaux judiciaires. Tel a été le cas dans cette affaire.

⁶⁰¹³ A défaut, le tribunal administratif reste compétent pour se prononcer sur la responsabilité civile de l'Etat : T.C., 7 juin 1951 (*Dame Noualek*), Rec., p. 636, concl. DELVOLVE ; S., 1952, III, p. 13, note R. DRAGO ; T.C., 25 avril 1994 (*Dulangi et autre*), préc., D., 1994, jurispr., p. 389, concl. ABRAHAM, note P. DIDIER ; T.C., 19 oct. 1998 (*Préfet du Tarn / CA Toulouse*), J.C.P., 1999, II, 10225, concl. J. SAINTE-ROSE, note A. DU CHEYRON (solution contestable en l'espèce).

⁶⁰¹⁴ Avant l'adoption de cette loi, il y a eu des conflits de compétence. Le juge judiciaire a statué dans le bon sens : V. CA Lyon, 28 janv. 1904, D., 1904, II, p. 321, pour un acte attentatoire à la liberté individuelle.

⁶⁰¹⁵ Dès lors, « comment ne point considérer que cet article 112, fruit de la loi du 7 février 1933, manifeste le désir évident qu'a eu cette loi d'unifier, au profit des tribunaux judiciaires, les règles de compétence en matière d'atteinte aux libertés individuelles » : J. ROBERT, *op. cit.*, p. 284.

⁶⁰¹⁶ J. DONNEDIEU DE VABRES, *Les éléments administratifs de l'infraction*, D., 1952, chron., p. 137 et s., spéc. n°10, p. 141. En matière d'atteinte arbitraire à la liberté, « l'identité de la faute pénale et de la faute civile fonde l'exclusion du conflit sur l'action civile » (p. 145).

⁶⁰¹⁷ Sur le contexte d'adoption de ce texte : P. AMSELEK, *Les vicissitudes de la compétence juridictionnelle en matière d'atteintes administratives à la liberté individuelle*, R.D.P., 1965, p. 802 et s., spéc. p. 837 et s.

détention provisoire et les mandats. Elle porte sur des actes coercitifs fondamentaux accomplis en procédure pénale. Cela montre à nouveau l'unité de régime de ces actes, bien que le Tribunal des conflits ait, durant un temps, vidé d'une grande partie de sa substance l'article 136 du C.P.P., malgré la lettre stricte de la loi⁶⁰¹⁸. D'un autre côté, il est arrivé au juge judiciaire d'avoir recours, de façon abusive, à la notion de voie de fait pour se déclarer compétent⁶⁰¹⁹.

1278. La personne, victime de l'acte coercitif arbitraire, peut exercer l'action civile contre l'agent public devant la juridiction pénale ou civile. La jurisprudence distingue entre, d'une part, la faute personnelle détachable de la fonction et, d'autre part, la faute de service de celui-ci, non détachable de l'exercice de ses fonctions. Selon elle, le juge pénal n'est compétent pour accorder des dommages-intérêts que si l'infraction commise par l'agent constitue une faute personnelle, détachable de sa fonction⁶⁰²⁰. Si les faits s'analysent en une faute de service, notamment si l'infraction demeure non intentionnelle (homicide involontaire, blessures involontaires...), l'individu est poursuivi devant la juridiction répressive, mais les réparations pécuniaires demandées à l'Etat, restent allouées par le seul juge administratif⁶⁰²¹. Même si la victime de l'infraction commise par un agent public ne peut pas demander réparation à la juridiction répressive, elle peut toujours le poursuivre en exerçant l'action civile, celle-ci mettant *de facto* l'action publique en mouvement⁶⁰²². Exigée par le principe d'égalité de

⁶⁰¹⁸ T.C., 16 nov. 1964 (*Sieur Clément*), D., 1965, jurisp., p. 669, note (critique) A. DEMICHEL. Comme dans l'arrêt *Dame de la Murette* du 27 mars 1952 sous l'empire de l'article 112 du C.I.C. (D., 1954, jurisp., p. 291, note C. EISENMANN), le Tribunal des conflits retient la compétence du juge administratif, là où l'article 136 du C.P.P. l'écarte expressément. Il opère une distinction entre l'action tendant à la réparation du dommage causé par les faits visés à l'article 136, qui relève de la compétence judiciaire, et l'appréciation de la légalité et l'interprétation des décisions administratives individuelles constituant des questions préjudicielles relevant de la compétence du juge administratif. Sur ce point, J. ROBERT, *Le juge administratif et la liberté individuelle*, in *Le juge et le droit public*, Mélanges M. WALINE, t. II, L.G.D.J., 1974, p. 719 et s., spéc. p. 724 à 726. Pour une critique de cette décision (outre la note précitée), P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 843 à 845 ; R. GASSIN, *La liberté individuelle (...)*, *op. cit.*, n°130 et 131, p. 54 et 55.

⁶⁰¹⁹ V. par ex., T.C., 12 mai 1997 (*Préfet de police de Paris / Tribunal de grande instance de Paris*), préc. Pour une définition récente de la voie de fait : Cass. civ. 1^{ère}, 13 mai 2014, n°12-28248, E.C.P.B. ; Procédures, 2014, comm. n°201, obs. R. PERROT, posant qu'il n'y a voie de fait de la part de l'administration, justifiant la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire pour en ordonner la cessation ou la réparation, que dans la mesure où l'administration soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété, soit a pris une décision qui a les mêmes effets d'atteinte à la liberté individuelle ou d'extinction d'un droit de propriété et qui est manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative.

⁶⁰²⁰ T.C., 14 janv. 1935 (*Thépaç*), S., 1935, III, p. 17, note R. ALIBERT.

⁶⁰²¹ *Ibid.* ; T.C., 30 juin 1949 (*Dame veuve Chulliat*), Rec., p. 606. La Cour de cassation a fait sienne la position du Tribunal des conflits : Cass. crim., 3 avril 1942, D., 1942, jurisp., p. 136, note M. WALINE ; J.C.P., 1942, II, 1953, note J. BROUCHOT ; Cass. crim., 15 mai 1968, Bull. crim., n°160 ; Cass. crim., 29 nov. 1988, Bull. crim., n°403 ; Cass. crim., 26 sept. 1989, Bull. crim., n°328 (l'arrêt rappelant que l'incompétence des juridictions de l'ordre judiciaire, en l'occurrence pour réparer les conséquences dommageables du délit, est une exception d'ordre public, qui peut être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation) ; Cass. crim., 15 fév. 2000, Bull. crim., n°70. Pour une critique ancienne, mais pertinente, de cette jurisprudence, G. LIET-VEAUX, *La caste des intouchables, ou la « théorie » du délit de service*, D., 1952, chron., p. 133 et s., spéc. p. 136.

⁶⁰²² Cass. crim., 22 janv. 1953 (affaire *Randon et autres*), D., 1953, jurisp., p. 109, rapp. M. PATIN, à propos du délit de l'article 187, al. 1 de l'ancien Code pénal, qui réprimait le délit d'ouverture ou de suppression de lettres lorsqu'il était commis par un fonctionnaire ou agent du gouvernement ou de l'administration des postes. Cette solution a été maintes fois confirmée : Cass. crim., 21 mars 1961, Bull. crim., n°182 ; Cass. crim., 8 juin 1971, D., 1971, jurisp., p. 594, note J. MAURY ; Cass. crim., 14 déc. 1971, Bull. crim., n°354.

tous devant l'action publique, cette règle correspond à « la dissociation de l'action civile et du droit à réparation »⁶⁰²³.

1279. Mais l'agent public n'est responsable, à titre personnel, des conséquences dommageables de l'acte délictueux qu'il perpétue, que si celui-ci constitue une faute détachable de ses fonctions⁶⁰²⁴. Savoir si la faute est personnelle, détachable de la fonction, s'avère déterminant de ce point de vue⁶⁰²⁵. La compétence de la juridiction répressive pour procéder à l'indemnisation découle de la reconnaissance d'un tel caractère. D'après LAFERRIERE, la faute personnelle est celle qui révèle « l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences (...) » ; « si (...) la personnalité de l'agent se révèle par des fautes de droit commun, par une voie de fait, une imprudence, alors la faute est imputable au fonctionnaire, non à la fonction (...) »⁶⁰²⁶. Selon la Cour de cassation, elle manifeste un comportement d'une gravité particulière, « un manquement volontaire et inexcusable à des obligations d'ordre professionnel et déontologique »⁶⁰²⁷, ou une « intention de nuire »⁶⁰²⁸. Et le juge du droit impose aux juges du fond de rechercher, même d'office, si la faute imputée au prévenu revêt bien un caractère personnel, détachable du service, afin de se reconnaître compétents⁶⁰²⁹. Ces approches de la notion permettent d'approuver la solution retenue en matière de violences policières (non strictement nécessaires) commises contre les citoyens lors des interpellations, contrôles d'identité et autres gardes à vue. Les coups et blessures assés au moment de l'exécution de ces actes coercitifs sont constitutifs d'une faute personnelle détachable de la fonction⁶⁰³⁰. Il appartient donc à la juridiction répressive de connaître de la réparation du préjudice subi⁶⁰³¹.

⁶⁰²³ J. MAURY, note sous Cass. crim., 8 juin 1971, D., 1971, jurisp., p. 594.

⁶⁰²⁴ Cass. crim., 29 janv. 1985, Bull. crim., n°49 ; Cass. crim., 15 fév. 2000, Bull. crim., n°70, préc. ; Cass. crim., 2 déc. 2003, Bull. crim., n°226 (cassation de ce chef) ; Cass. crim., 20 juin 2006, Bull. crim., n°189 ; Cass. crim., 13 fév. 2007, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 227, obs. G. ROUSSEL (cassation) ; Cass. crim., 17 oct. 2007, Bull. crim., n°248.

⁶⁰²⁵ V. par conséquent : J. BUISSON, La responsabilité pécuniaire (...), *op. cit.*, p. 480 à 484, indiquant que les actes qui révèlent l'imprudence de leur auteur sont écartés du champ d'application de la faute personnelle et qu'à l'inverse, les infractions intentionnelles dommageables appartiennent à cette catégorie. Mais l'infraction involontaire constitue aussi une faute personnelle lorsque l'imprudence poursuivie revêt une gravité particulière.

⁶⁰²⁶ LAFERRIERE, concl. sur T.C., 5 mai 1877 (*Laumonier-Carriol*), Rec., p. 437. Il y a, en revanche, faute de service si « l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur, un mandataire de l'Etat, plus ou moins sujet à erreur » (p. 441). Plus simplement, tout comportement dommageable insusceptible d'être qualifié de faute personnelle constitue une faute de service. Il s'agit d'une définition négative.

⁶⁰²⁷ Cass. crim., 2 avril 1992, Bull. crim., n°140 ; Cass. crim., 16 nov. 2004, Bull. crim., n°289, préc. ; Cass. crim., 14 juin 2005, Bull. crim., n°178, préc. ; Cass. crim., 18 juin 2013, Bull. crim., n°142, préc.

⁶⁰²⁸ Cass. crim., 13 oct. 2004, Bull. crim., n°243 ; Cass. crim., 30 sept. 2008, Bull. crim., n°197, préc. ; D., 2008, p. 2975, note H. MATSOPOULOU ; D., 2009, pan., p. 2239, obs. J. PRADEL.

⁶⁰²⁹ Cass. crim., 20 juin 2006, préc. ; Cass. crim., 17 oct. 2007, préc.

⁶⁰³⁰ V. Cass. crim., 18 juin 2013, préc., où les fonctionnaires de police ont eu un comportement ne correspondant pas à ce qui était strictement nécessaire à la neutralisation de la partie civile et excédant l'emploi de la force inhérente à l'exercice des fonctions de police (coups portés au visage de la partie civile alors que cette dernière n'exerçait aucune violence à leur rencontre). *Contra* : Cass. crim., 29 janv. 1985, préc., jugeant qu'un coup de poing, infligé par un policier à un citoyen qu'il avait pris pour un malfaiteur, constitue une faute de service car il n'apparaît pas « hors de proportion avec les nécessités de l'exercice des fonctions de police du prévenu et sans rapport avec elles ». Il s'agit d'un arrêt d'espèce.

⁶⁰³¹ T.C., 9 juill. 1953 (3 arrêts : *Nardon et autres, dame Bernadas et Delaître*), J.C.P., 1953, II, 7797, note J. RIVERO ; V. dans l'affaire *Nardon et autres*, où il s'agissait d'un individu décédé pendant sa garde à vue et qui avait fait l'objet d'importantes violences, l'intéressant rapport de M. PATIN sur Cass. crim., 18 fév. 1954, J.C.P., 1954, II, 8036 ; Cass. crim., 24 janv. 1974, D., 1975, jurisp., p. 3, note P. TEDESCHI (coups et blessures volontaires portés après une interpellation ;

1280. En règle générale, c'est le juge pénal qui indemniser la victime d'un acte coercitif arbitraire, compte tenu de sa compétence pour réprimer pareille infraction. Sans doute la prudence demeure-t-elle de rigueur, car « aucune infraction ne place par principe son auteur en faute personnelle. C'est à la juridiction d'en juger, en rapport avec les circonstances de la cause, et sans préjuger d'une réponse qui procéderait d'un postulat ou d'une présomption »⁶⁰³². Reste que le tribunal des conflits invite à retenir cette compétence, en dehors de toute question sur la dimension personnelle ou non de la faute commise. Il met en exergue que parce que les litiges relatifs aux dommages que peuvent causer les fonctionnaires de police dans des opérations d'interpellation relèvent de l'exercice de la police judiciaire, ils relèvent de la compétence des tribunaux judiciaires, « sans même qu'il soit besoin de déterminer si le dommage trouve son origine dans une faute personnelle détachable du service »⁶⁰³³.

1281. En outre, l'atteinte illégale des autorités publiques à la liberté individuelle des particuliers, à l'inviolabilité de leur domicile, au secret de leurs correspondances ou à l'intimité de leur vie privée, en clair les abus d'autorité prévus aux articles 432-4 et suivants du C.P., pour l'essentiel, constituent des crimes et des délits intentionnels⁶⁰³⁴, sous réserve de l'hypothèse de l'apparence trompeuse et de l'erreur de fait⁶⁰³⁵. Dans ces différentes situations, l'intention de l'agent sera aisée à prouver, celui-ci ayant volontairement agi et en ayant conscience de violer une liberté fondamentale (liberté d'aller et venir, domicile ou secret des correspondances)⁶⁰³⁶. Il commet alors *a priori* une faute personnelle détachable du service⁶⁰³⁷. Si l'intention criminelle, nécessaire à ce que l'atteinte illégale à la sûreté des citoyens tombe sous le coup de l'article 432-4 du C.P., venait à manquer, l'action en responsabilité civile contre le fonctionnaire serait exercée devant le tribunal civil, mais dans les conditions précédemment évoquées et avec la distinction entre faute personnelle et faute de service⁶⁰³⁸. Une fois

cassation) ; CA Paris, 6 juill. 1990, D., 1990, I.R., p. 237 ; Cass. crim., 16 nov. 2004, préc. (violences sur individu qui tentait de s'interposer lors d'un contrôle d'identité) ; Cass. crim., 14 juin 2005, préc. ; Cass. crim., 10 fév. 2009, préc.

⁶⁰³² Y. MAYAUD, obs. sur Cass. crim., 10 fév. 2009, Rev. sc. crim., 2009, p. 374.

⁶⁰³³ T.C., 26 sept. 2005, D., 2005, I.R., p. 2771.

⁶⁰³⁴ V. par ex., art. 126 du C.P.P., relatif à un cas de rétention arbitraire. Dans son second alinéa, ce texte dispose que « les articles 432-4 à 432-6 du C.P. sont applicables **aux magistrats ou fonctionnaires qui ont ordonné ou sciemment toléré** cette rétention arbitraire ». Le dol est donc incontestable ; Cass. crim., 30 sept. 2008, préc., où la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir retenus que « les interceptions, pratiquées hors d'un cadre légal (...), sont avérées et (...) **caractérisent en tous ses éléments, y compris l'élément intentionnel, le délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée** » ; TGI Quimper, 17 juill. 2008, D., 2008, act., p. 2227 (ouverture de correspondance électronique privée par une autorité publique). Rapp., sur l'intention, Cass. crim., 15 mai 1990, Bull. crim., n°196, pour la conservation d'une lettre adressée à autrui par un prévenu, bien que celui-ci soit un simple particulier, non une autorité publique.

⁶⁰³⁵ En revanche, la règle selon laquelle le mobile est indifférent s'applique : V. par ex., Cass. crim., 26 janv. 1981, J.C.P., 1982, II, 19879, note W. JEANDIDER. Sur ce point, P. CONTE, Droit pénal spécial, *op. cit.*, n°220 et 362.

⁶⁰³⁶ Cass. crim., 26 janv. 1981, préc., à propos des atteintes au secret des correspondances, même si l'espèce concerne un simple particulier, non une personne dépositaire de l'autorité publique ; V. MALABAT, Droit pénal spécial, *op. cit.*, n°651, notant avec justesse, que la personne dépositaire de l'autorité publique « peut difficilement invoquer qu'elle n'avait pas conscience de violer une correspondance qui ne lui était pas destinée ».

⁶⁰³⁷ V. Cass. crim., 30 sept. 2008, préc. : « Attendu qu'après avoir relevé qu'est détachable de la fonction d'un agent public, (...) l'arrêt, pour statuer sur les demandes de réparations des parties civiles, retient que tel est le cas des prévenus, hauts fonctionnaires ou hauts gradés de la gendarmerie ou de la police nationale qui, par la commission de faits illégaux relevant d'un système institutionnalisé et constitutifs de délits d'atteinte à l'intimité de la vie privée, ont jeté le discrédit sur l'ensemble de la fonction publique civile et militaire (...) ».

⁶⁰³⁸ V. R. GASSIN, La liberté individuelle (...), *op. cit.*, n°133 à 135, p. 56 et 57.

la juridiction compétente désignée pour octroyer des dommages-intérêts à la partie civile lésée par l'acte coercitif constitutif de l'infraction, un constat s'impose : le droit français protège les agents publics responsables.

2°- La substitution de l'Etat à ses agents, protection de l'auteur de l'acte coercitif illégal

1282. La responsabilité civile de l'agent, qui fait un usage illégal de la coercition, varie en fonction de sa qualité d'O.P.J. ou de magistrat. La substitution de l'Etat diffère justement quelque peu. Il convient dès lors d'examiner la situation des O.P.J., puis celle des magistrats. En premier lieu, la réparation due à la victime de l'acte coercitif arbitraire incombe-t-elle à l'enquêteur impliqué ou à l'administration ? Depuis le fameux arrêt *Pelletier*⁶⁰³⁹, on sait qui supporte la réparation du préjudice. En cas de faute personnelle du policier ou du gendarme, sa responsabilité est engagée et il est tenu de régler lui-même les dommages-intérêts. En cas de faute de service, l'administration doit en répondre et la charge financière pèse sur l'Etat⁶⁰⁴⁰. Celui qui accomplit un acte constituant un abus d'autorité se voit donc *a priori* dans l'obligation d'en assurer personnellement l'indemnisation. Mais afin d'assurer à la victime un débiteur solvable⁶⁰⁴¹, le domaine de la faute personnelle détachable de la fonction n'a cessé de se rétrécir. La théorie dite du cumul y a contribué. Elle permet d'engager la responsabilité de l'administration dans l'hypothèse de la commission d'une faute de service en même temps qu'une faute personnelle⁶⁰⁴². Ce dernier type de faute n'existe pas lorsque les faits reprochés à l'agent, même graves, s'avèrent indissociables de l'activité du service. De même, n'est pas laissée à sa charge « la faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service ».

1283. Dégagée dans le but d'assurer la réparation intégrale et effective du préjudice souffert, cette théorie prétorienne⁶⁰⁴³ met à la charge d'une collectivité publique une dette de dommages-intérêts, dont l'agent apparaît comme seul responsable du préjudice⁶⁰⁴⁴. Cet « artifice » du « lien avec le service » préserve la responsabilité personnelle du gendarme ou policier⁶⁰⁴⁵. La détermination de ce lien peut s'opérer selon trois critères utilisés par le Conseil d'Etat : temporel, spatial ou instrumental, la Haute juridiction appliquant la méthode du faisceau d'indices, selon les circonstances propres à

⁶⁰³⁹ T.C., 30 juill. 1873 (*Pelletier*), D., 1874, III, p. 5, concl. DAVID (saisie d'un journal par un policier).

⁶⁰⁴⁰ A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *op. cit.*, n°1540, p. 778 et 779.

⁶⁰⁴¹ L'administration, dans la mesure où l'O.P.J. peut être insolvable.

⁶⁰⁴² CE, 3 fév. 1911 (*Anguet*), S., 1911, III, p. 137, note M. HAURIOU. En ce qui concerne la charge de la réparation des dommages causés aux tiers par le concours d'une faute personnelle d'un agent public et d'une faute de service, elle doit être supportée pour partie par l'agent lui-même, et pour partie par la collectivité publique à laquelle il appartient. La part de la dette que chacun doit régler s'opère selon le degré de gravité de sa propre faute : V. CE, Ass., 28 juill. 1951 (*Sieur Delville*), D., 1951, jurispr., p. 620, note NGUYEN DO ; J.C.P., 1952, II, 6734, note C. EISENMANN.

⁶⁰⁴³ CE, 26 juill. 1918 (*Epoux Lemonnier*), D., 1918, III, p. 9, concl. BLUM ; CE, Ass., 18 nov. 1949 (*Demoiselle Mimeur*), Rec., p. 492.

⁶⁰⁴⁴ J. BUISSON, note sous Cass. crim., 10 fév. 2009, Procédures, 2009, comm. n°174.

⁶⁰⁴⁵ A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *op. cit.*, n°1572, p. 797.

l'espèce⁶⁰⁴⁶. Concrètement, si un enquêteur commet une infraction intentionnelle constitutive d'une faute personnelle, la partie civile pourra saisir la juridiction administrative afin que celle-ci reconnaisse à la faute un lien avec le service. La collectivité publique dont l'agent fait partie se substituera à lui pour honorer l'indemnisation⁶⁰⁴⁷.

1284. Il n'est pas certain que cette théorie soit applicable aux actes coercitifs constitutifs d'infractions, effectués par les O.P.J. Leur exécution génère des fautes intentionnelles, source de responsabilité personnelle de leurs auteurs. Dans sa quête d'un débiteur solvable, la jurisprudence pourrait néanmoins l'appliquer à ce genre d'actes. Elle a bien considéré comme une faute de service l'incendie de paillotes par des gendarmes sur l'ordre d'un préfet, alors qu'il s'agissait de fautes pénales en l'espèce (faux en écriture publique, destruction d'un bien appartenant à autrui)⁶⁰⁴⁸. La compétence du juge administratif pour connaître des conséquences civiles de cette faute pénale est retenue, car « les prévenus ont agi sur ordre, dans le cadre de leurs fonctions, en usant des prérogatives, pouvoirs et moyens en résultant et sans poursuivre d'intérêt personnel »⁶⁰⁴⁹. Quoiqu'il en soit, si la notion de « faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service » devait s'appliquer à l'acte coercitif arbitraire accompli au cours d'une procédure pénale⁶⁰⁵⁰, son auteur engagerait sa responsabilité personnelle vis-à-vis de l'administration, tenue d'indemniser la victime pour la faute personnelle commise par celui-ci. Il faut éviter que les policiers ou gendarmes jouissent d'une irresponsabilité pécuniaire totale, en particulier lorsqu'ils ont commis de graves fautes personnelles. Voilà pourquoi la Haute juridiction a permis à l'administration de se retourner contre le fonctionnaire fautif, une fois le préjudice subi indemnisé⁶⁰⁵¹. La faute personnelle susceptible de lui être reprochée par l'administration peut alors apparaître dans leurs propres rapports, la juridiction administrative étant compétente pour apprécier ladite faute.

1285. Dans certaines opérations de police judiciaire, l'utilisation de la coercition par les agents de l'autorité donne lieu à indemnisation de la part de l'Etat. A l'occasion de celles-ci, qui consistent généralement en des interpellations violentes, les personnes subissant un dommage qui résulte de l'usage d'armes à feu peuvent obtenir réparation. Elles le peuvent selon des modalités différentes. En effet, la responsabilité de l'Etat se trouve engagée, en l'absence de faute, à l'égard des tiers à

⁶⁰⁴⁶ Pour de plus amples développements : A. DECOQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *op. cit.*, n°1573 et s., p. 797 et s. ; J. BUISSON, La responsabilité (...), *op. cit.*, p. 491 à 493. Pour des exemples, V. CE Ass., 26 oct. 1973 (*Sieur Sadoudi*), D., 1974, jurispr., p. 255, note J.-M. AUBY ; CE, 23 déc. 1987 (*Epoux Bachelier*), A.J.D.A., 1988, jurispr., p. 364, note X. PRETOT (décès d'un adolescent des suites d'un coup de feu accidentel, tiré par un agent de la police municipale hors service).

⁶⁰⁴⁷ J. BUISSON, note préc. sous Cass. crim., 10 fév. 2009. L'administration n'est « que débitrice d'une obligation de réparation, alors que dans le cas de la faute de service, elle apparaît, par le jeu d'une fiction juridique, comme véritablement responsable de l'acte dommageable ».

⁶⁰⁴⁸ Cass. crim., 13 oct. 2004, Bull. crim., n°243, préc., dans l'affaire dite des paillotes corses.

⁶⁰⁴⁹ *Ibid.*

⁶⁰⁵⁰ Après tout, la jurisprudence pénale pourrait décider de restreindre encore davantage la notion de faute personnelle engageant la responsabilité civile de son auteur.

⁶⁰⁵¹ CE, Ass., 28 juill. 1951 (*Laruelle*), J.C.P., 1951, II, 6532, note J. J. R. ; CE, Ass., 28 juill. 1951 (*Delville*), préc.

l'opération victimes d'un dommage. Il s'agit d'un collaborateur occasionnel d'un service public⁶⁰⁵² ou de simples particuliers présents sur les lieux⁶⁰⁵³. Lorsque la victime est la personne visée par l'opération de police, elle doit prouver la faute lourde⁶⁰⁵⁴ si elle n'a pas été atteinte par une arme à feu utilisée par le policier. La même personne, dont le dommage résulte cette fois de l'utilisation d'une telle arme, doit prouver la faute simple ou de service⁶⁰⁵⁵. Et dans l'hypothèse où elle a commis une faute ayant contribué à la réalisation de son dommage, un partage de responsabilité s'opère entre celle-ci et l'Etat⁶⁰⁵⁶. Bien que la responsabilité de l'Etat ne semble pas se substituer à celle de ses agents lorsque ceux-ci perpétuent des abus d'autorité, sa responsabilité se voit engagée dans bon nombre de cas. Cela résulte d'une interprétation jurisprudentielle toujours plus extensive de la notion de faute de service et du recours à la théorie de la « faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service ».

1286. En second lieu, cette substitution se révèle *a priori* encore plus importante pour les magistrats. Sous l'empire du C.I.C. et jusqu'en 1972, la responsabilité personnelle des juges s'organise selon le système très protecteur de la prise à partie, prévu par l'article 505 du C.P.C.⁶⁰⁵⁷. La mise en œuvre de cette procédure spéciale exige le dol, la fraude, la concussion ou la faute lourde professionnelle, ce dernier cas ayant été ajouté par la loi du 7 février 1933⁶⁰⁵⁸. A l'époque, le législateur a surtout songé à la responsabilité du juge d'instruction et l'article 112 du C.I.C., réécrit à cette occasion, introduit la sanction de la prise à partie pour l'inobservation des principales mesures légales protectrices de la liberté individuelle⁶⁰⁵⁹. La procédure de prise à partie a été pour le moins difficile à déclencher⁶⁰⁶⁰.

⁶⁰⁵² Cass. civ. 2^{ème}, 23 nov. 1956 (*Docteur Giry*), J.C.P., 1956, II, 9681, note P. ESMEIN. Cet arrêt célèbre énonce que les tribunaux civils doivent apprécier la responsabilité de l'Etat selon « les règles du droit public » (inapplicabilité des dispositions de droit privé relatives aux délits et quasi-délits ; application de règles identiques en matière de police judiciaire et de police administrative pour la responsabilité de l'Etat).

⁶⁰⁵³ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1986 (*Consorts Pourcel*), J.C.P., 1986, II, 20683, rapp. P. SARGOS (malfaiteur ayant tiré sur deux personnes – victimes – dans un café, tiers à l'opération de police judiciaire en cours).

⁶⁰⁵⁴ La faute lourde a été définie comme celle qui, « compte tenu de la nature de l'activité et des circonstances de temps et de lieu, implique une anomalie grave, une déficience évidente des services de police, voire une faute inexcusable » (rapp. P. SARGOS sur Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1986, préc.). Elle correspond toutefois à une faute de service, l'Etat devant en conséquence procéder à son indemnisation, non le policier ou le gendarme avec ses deniers propres. Sur cette notion et son contenu : J. BUISSON, La responsabilité (...), *op. cit.*, p. 487 et s., distinguant la « faute-action » de la « faute-abstention ».

⁶⁰⁵⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 24 nov. 1965 (*Consorts Polès*), *Gaz. pal.*, 1966, I, jurispr., p. 195 ; Cass. crim., 14 juin 2005, *Bull. crim.*, n°177 (arrêt de principe).

⁶⁰⁵⁶ En ce sens, Cass. crim., 14 juin 2005, préc., où l'Etat a été condamné à réparer seulement « la moitié du préjudice des parties civiles » ; Cass. crim., 22 mai 2007, *Bull. crim.*, n°136, posant le principe que « si l'Etat est responsable, en cas d'usage d'armes à feu, qui comporte des risques exceptionnels, des simples fautes de service commises par ses agents à l'occasion d'une opération de police judiciaire, cette responsabilité doit être partagée lorsque la victime, qui était visée par l'opération, a commis une faute qui a concouru à la réalisation de son propre dommage ».

⁶⁰⁵⁷ La Cour de cassation a étendu la procédure de prise à partie aux magistrats du parquet et à tous les O.P.J. (pour ces derniers, V. Cass. civ., 9 mars 1914, D.P., 1919, I, p. 19 ; Cass. req., 24 avril 1923, D.P., 1924, I, p. 75). Sur la question, P. ARDANT, La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle, L.G.D.J., 1956, p. 110 et s.

⁶⁰⁵⁸ Pour l'approche de la notion de « faute lourde professionnelle », V. Cass. civ. 1^{ère}, 10 déc. 1969, *Bull. civ.*, n°389 : « La faute lourde professionnelle prévue par ce texte (article 505 du C.P.C.), est celle qui a été commise sous l'influence d'une erreur tellement grossière, qu'un magistrat, s'il eût été normalement soucieux de ses devoirs, n'y eût pas été entraîné ». *Adde.*, A. HENRY, La responsabilité des magistrats en matière civile et pénale, D.H., 1933, *chron.*, p. 97 et s., spéc. p. 102 et 103.

⁶⁰⁵⁹ A. HENRY, *op. cit.*, p. 103. Selon l'article 112 du C.I.C., la Cour doit prononcer contre le magistrat ou l'O.P.J. pris à partie une amende civile de 50 francs si la procédure a été motivée par la violation des mesures protectrices de la liberté individuelle.

Depuis 1933, l'Etat doit en revanche répondre des condamnations en dommages-intérêts prononcées à l'encontre des magistrats dont la responsabilité est reconnue. Il faut néanmoins attendre l'adoption de la loi n°72-626 du 5 juillet 1972⁶⁰⁶¹ pour voir apparaître un régime de responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement défectueux du service de la justice⁶⁰⁶². L'article 11 de cette loi a été inséré à l'article L. 781-1 du C.O.J.⁶⁰⁶³. Une ordonnance n°2006-673 du 8 juin 2006 portant, entre autres, refonte du C.O.J. a scindé ce texte en deux articles : L. 141-1 et L. 141-2 du C.O.J.

1287. Selon les dispositions du premier texte, « l'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice ». La question se pose aussitôt de savoir si les actes coercitifs arbitraires opérés au cours d'une procédure pénale peuvent donner lieu à indemnisation des victimes sur ce fondement juridique. Afin d'y apporter une réponse, le champ d'application de la loi du 5 juillet 1972 doit être déterminé, s'agissant du mauvais fonctionnement de la justice répressive. Celui-ci peut concerner une juridiction d'instruction, de jugement, voire les services du parquet⁶⁰⁶⁴. Le texte ne se réfère cependant qu'aux magistrats, non aux membres de la police judiciaire. Dans le silence de la loi, la jurisprudence a estimé que l'article L. 781-1 du C.O.J. (aujourd'hui L. 141-1 et L. 141-2 de ce Code) s'applique à eux, gendarmes ou policiers, plus précisément à leurs actes⁶⁰⁶⁵. Il est même applicable à l'activité des agents de certaines administrations « répressives », tels les services fiscaux ou ceux de la répression des fraudes⁶⁰⁶⁶. A titre d'exemple, les agents de ce dernier service commettent une faute lourde, lorsqu'ils procèdent à la divulgation d'informations permettant d'identifier les personnes mises en cause lors d'une enquête⁶⁰⁶⁷. Il en va de même lorsque les enquêteurs arrêtent un individu en vertu d'un mandat d'amener, malgré le défaut de

⁶⁰⁶⁰ Elle existe toujours aux articles 505 et s. du C.P.C., mais s'applique aux seuls magistrats non professionnels, ceux qui composent les juridictions d'attribution. Elle régit leur responsabilité personnelle. Les magistrats professionnels bénéficient, eux, de la protection de la loi du 18 janvier 1979.

⁶⁰⁶¹ Sur l'apport de cette loi : J.-M. AUBY, La responsabilité de l'Etat en matière de justice judiciaire, A.J.D.A., 1973, doctr., p. 4 et s. ; M. LOMBARD, La responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle et la loi du 5 juillet 1972, R.D.P., 1975, p. 585 et s.

⁶⁰⁶² La jurisprudence, notamment l'affaire *Giry* de 1956, a néanmoins joué un rôle important en admettant de plus en plus largement la responsabilité de l'Etat, sans faute, pour les dommages causés par les actes de police judiciaire. Sur ce point, M. LOMBARD, *op. cit.*, p. 598 et s.

⁶⁰⁶³ Le Conseil d'Etat a jugé que « ces dispositions ne concernent que les juridictions de l'ordre judiciaire et ne s'appliquent pas aux juridictions de l'ordre administratif ». Il a encore décidé que si « une faute lourde, commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle par une juridiction administrative, est susceptible d'ouvrir droit à indemnité, l'autorité qui s'attache à la chose jugée s'oppose à la mise en jeu de cette responsabilité, dans le cas où la faute lourde alléguée résulterait du contenu même de la décision juridictionnelle et où cette décision serait définitive » : CE, Ass., 29 déc. 1978 (*Darmont*), D., 1979, jurisp., p. 278, note M. VASSEUR ; R.D.P., 1979, p. 1742, note J.-M. AUBY. V. J. MOREAU, La responsabilité des magistrats et de l'Etat du fait de la justice. L'apport du droit administratif, in *La responsabilité des gens de justice*, Justices, n°5, 1997, p. 39 et s.

⁶⁰⁶⁴ H. MATSOPOULOU, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 1999, D., 2000, jurisp., p. 398, spéc. p. 401 et l'arrêt cité en note.

⁶⁰⁶⁵ V. Cass. civ. 1^{ère}, 15 oct. 1996, Bull. civ., I, n°352. En revanche, les litiges qui ont pour objet la responsabilité de l'Etat sur le fondement du fonctionnement défectueux des services de police dans l'exercice de leur mission de police administrative relèvent de la compétence du juge administratif.

⁶⁰⁶⁶ Sur ce dernier point, Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 1999, préc. Plus largement sur la question : H. MATSOPOULOU, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 1999, D., 2000, jurisp., p. 398, spéc. p. 401.

⁶⁰⁶⁷ *Ibid.* (atteinte au secret de l'enquête).

concordance entre ses nom et prénom et ceux de la personne recherchée, et sans vérifier certains renseignements recueillis. Le demandeur a été incarcéré à tort durant trois jours, jusqu'à ce que le juge d'instruction ordonne la mainlevée dudit mandat⁶⁰⁶⁸. Un acte coercitif illégal peut donc permettre d'engager la responsabilité de l'Etat⁶⁰⁶⁹.

1288. A vrai dire, « (...) à l'exception d'erreurs plus que manifestement grossières, de défiances tout particulièrement anormales⁶⁰⁷⁰, ce sont des actes illégaux impliquant la mauvaise foi, l'intention malveillante de leur auteur qui, lorsqu'ils sont prouvés – mais la charge de la preuve n'est pas légère... – constituent l'essentiel des fautes lourdes : brutalités policières, détournement de procédure, perquisitions illégales, violation de la confidentialité (...), etc. A l'inverse, les appréciations ne relèvent pas de cette notion »⁶⁰⁷¹. Distingués des erreurs de fait ou de droit, c'est-à-dire des erreurs d'appréciation des magistrats⁶⁰⁷², les abus d'autorité commis à l'occasion de la procédure, telles les violations de la liberté individuelle, du domicile et du secret des correspondances, engagent la responsabilité de l'Etat sur le fondement de la faute lourde⁶⁰⁷³, dont la victime pourra demander réparation⁶⁰⁷⁴. Dans un arrêt d'Assemblée plénière du 23 février 2001⁶⁰⁷⁵, la Cour de cassation a interprété de façon plus compréhensive la notion de faute lourde exigée par l'ancien article L. 781-1 du C.O.J. ; ce qui rend « davantage accessible à la responsabilité de la puissance publique les agissements les plus déplorables commis à l'encontre du suspect »⁶⁰⁷⁶. Elle la définit désormais comme « toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi »⁶⁰⁷⁷. Qu'un regard positif ou critique

⁶⁰⁶⁸ CA Paris (1^{ère} ch.), 25 avril 1985, Gaz. pal., 1986, I, somm., p. 41.

⁶⁰⁶⁹ Il est acquis que les actes coercitifs se composent d'actes juridictionnels (mandats, placement en détention provisoire...). Or, la Cour de cassation n'a-t-elle pas admis qu'« un acte juridictionnel, même définitif, peut donner lieu à une mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat » ? V. Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1989, Bull. civ., I, n°131 et sur renvoi, CA Paris, 21 juin 1989, Gaz. pal., 1989, II, jurisp., p. 944, concl. LUPI.

⁶⁰⁷⁰ Comme dans l'espèce précitée, où le mandat de justice n'avait pas été appliqué à la personne recherchée. Ce peut être aussi placer en garde à vue l'avocat venu assister son client.

⁶⁰⁷¹ G. GIUDICELLI-DELAGÉ, La responsabilité des magistrats (...), *op. cit.*, p. 30 et p. 35.

⁶⁰⁷² Sur la distinction, G. GIUDICELLI-DELAGÉ, *op. cit.*, p. 31.

⁶⁰⁷³ Ce, d'autant plus, qu'un seul fait fautif ou une seule décision inadaptée peut constituer une faute lourde : V. Cass. civ. 1^{ère}, 14 déc. 2004, Bull. civ., I, n°318. Un seul acte coercitif arbitraire suffit dès lors à la retenir. Sur l'idée, R. GASSIN, La liberté individuelle (...), *op. cit.*, n°142, p. 60 ; Rapp., M. LOMBARD, La responsabilité (...), *op. cit.*, p. 586.

⁶⁰⁷⁴ V. Cass. civ. 1^{ère}, 21 déc. 1987, Bull. civ., I, n°347. Il ressort de cet arrêt que l'article L. 781-1 du C.O.J. (L. 141-1 aujourd'hui) s'applique aux seuls usagers du service de la justice, aux personnes visées par la procédure au cours de laquelle elles ont subi le dommage. Ce texte vise la personne suspectée ou poursuivie.

⁶⁰⁷⁵ Cass. Ass. plén., 23 fév. 2001, D., 2001, jurisp., p. 1752, note (approbative) C. DEBBASCH ; J.C.P., 2001, II, 10583, note J.-J. MENEURET.

⁶⁰⁷⁶ F. DEFFERRARD, Le suspect (...), *op. cit.*, p. 80. Avant cette évolution, la doctrine a dénoncé qu'en posant de telles exigences (faute lourde ou déni de justice), l'article L. 781-1 du C.O.J. a opéré un véritable « verrouillage » conduisant à une irresponsabilité recherchée de l'Etat : G. GIUDICELLI-DELAGÉ, *op. cit.*, p. 25. Pour la Cour de cassation, l'exigence d'une faute lourde ou d'un déni de justice ne prive pas le justiciable du droit d'accès au juge. Elle ne viole donc pas les principes du procès équitable posés par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme (Cass. Ass. plén., 23 fév. 2001, préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 janv. 2009, Bull. civ., I, n°16). Pour une illustration négative de la faute lourde : Cass. civ. 1^{ère}, 10 juill. 2013, A.J. pénal, 2013, jurisp., p. 619, obs. G. ROYER (atteinte à la présomption d'innocence, mais l'envoi de « lettres-plaintes » individualisées aux victimes par les services de police ne constitue pas une faute lourde en l'absence de publicité des courriers litigieux).

⁶⁰⁷⁷ Comp., Cass. civ. 1^{ère}, 10 déc. 1969, préc. ; CA Paris, 1^{er} avril 1994, D., 1994, I.R., p. 125 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 1996, Bull. civ., I, n°94. Dans ses arrêts, le juge judiciaire reprend les deux principales catégories de fautes personnelles telles que

soit porté sur l'évolution du sens de la faute lourde⁶⁰⁷⁸, sa nouvelle approche facilite la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat dans l'hypothèse de l'exécution d'actes coercitifs arbitraires. Ceci est par conséquent appréciable.

1289. Cette responsabilité du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice peut, du reste, être rapprochée d'un autre contentieux : le droit à indemnisation de la personne ayant subi une détention provisoire au cours d'une procédure terminée à son égard par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement, devenue définitive⁶⁰⁷⁹. D'emblée, ces deux types de procédures semblent pourtant se démarquer. L'une implique l'existence d'une faute lourde ou d'un déni de justice⁶⁰⁸⁰. L'autre institue un régime de responsabilité sans faute (automatique), puisque l'individu, objet de la détention injustifiée, a droit d'ordinaire à la réparation de son dommage matériel et moral dès qu'il en fait la demande et que les conditions légales sont réunies⁶⁰⁸¹. Les deux procédures n'ont pas non plus vocation à indemniser le même préjudice. Si celle de réparation de la privation de liberté concerne le seul dommage résultant directement de l'incarcération, celle intentée conformément à l'article L. 141-1 du C.O.J. permet d'obtenir la réparation de l'ensemble des dommages causés par le mauvais fonctionnement du service public de la justice. Cette dernière possède en quelque sorte « une assiette » plus large.

1290. Au-delà des différences indéniables entre ces régimes d'indemnisation, des points communs s'avèrent perceptibles entre eux⁶⁰⁸². Ils ont tous deux connu une évolution libérale : celui de la réparation de la détention provisoire injustifiée par les lois du 30 décembre 1996 et du 15 juin 2000, celui de la responsabilité de l'Etat en raison du fonctionnement défectueux de la justice au moyen d'une redéfinition plus souple de la faute lourde et du déni de justice⁶⁰⁸³. Ce sont bien désormais « des dysfonctionnements objectifs et fonctionnels de la justice qui peuvent entraîner la responsabilité de

définies par le juge administratif et le Tribunal des conflits (« l'erreur grossière inexcusable » ou « l'animosité personnelle » ou intention de nuire).

⁶⁰⁷⁸ Pour un accueil positif de la redéfinition de la faute lourde, F. DEFFERRARD, *op. cit.*, p. 81. *Contra*, R. MARTIN, La justice en faute lourde ou simple, *Procédures*, 2001, chron. n°8, spéc. n°6.

⁶⁰⁷⁹ L'article 149 du C.P.P. dispose *in limine* que « sans préjudice de l'application des dispositions des articles L. 141-2 et L. 141-3 du Code de l'organisation judiciaire (...) ». Ce droit à réparation peut se conjuguer avec l'application de ces textes.

⁶⁰⁸⁰ Encore faut-il que la faute lourde soit caractérisée. Tel n'est pas le cas lorsqu'une personne est placée en détention provisoire, malgré le problème de surpopulation carcérale de la maison d'arrêt, connu des juges : V. Cass. civ. 1^{ère}, 14 janv. 2009, Inédit, n°07-20912.

⁶⁰⁸¹ V. R. ERRERA, Sur l'indépendance et la responsabilité des magistrats, *in* La responsabilité des magistrats, Entretiens d'Aguesseau, P.U.L.I.M., 2008, S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), p. 77 et s., spéc. p. 89.

⁶⁰⁸² Certains auteurs prônent d'ailleurs, indirectement, un rapprochement entre les deux régimes d'indemnisation, vu qu'ils appellent de leurs vœux la suppression de la faute lourde : M.-A. FRISON-ROCHE, La responsabilité des magistrats : l'évolution d'une idée, *J.C.P.*, 1999, I, 174, n°66 ; M. LOMBARD, La responsabilité du fait du service public de la justice. Trente ans après la loi du 5 juillet 1972, *in* Gouverner, administrer, juger, *Liber amicorum* J. WALINE, Dalloz, 2002, p. 657 et s., spéc. p. 665, 666 et 669.

⁶⁰⁸³ A cet égard, R. ERRERA, *op. et loc. cit.*

l'Etat »⁶⁰⁸⁴. Dans les deux cas, il s'agit de surcroît d'apprécier l'exigence générale de « qualité de la justice » au regard de la loi. Et si l'institution a failli dans son fonctionnement, la victime se verra en principe accorder une réparation pécuniaire pour le préjudice souffert⁶⁰⁸⁵. En application de l'article 1315 du Code civil, cette victime supportera néanmoins la charge de la preuve de la faute lourde commise, en l'occurrence l'exécution d'un acte coercitif parfaitement illégal. Il appartient à l'individu placé en garde à vue de prouver les conditions dégradantes de cette mesure dont il a fait l'objet, en d'autres termes l'atteinte à sa dignité humaine⁶⁰⁸⁶.

1291. Il reste à savoir si un magistrat peut être personnellement responsable d'un acte coercitif arbitraire sur le plan civil. Au contraire, l'Etat se substitue-t-il à nouveau à lui⁶⁰⁸⁷ ? A l'origine, la loi du 5 juillet 1972 a renvoyé la question de la responsabilité des magistrats du corps judiciaire, ceux capables d'ordonner ou d'accomplir des actes coercitifs, au statut de la magistrature. Pour compéter ce statut, il a cependant fallu attendre la loi organique n°79-43 du 18 janvier 1979⁶⁰⁸⁸ modifiant l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature⁶⁰⁸⁹, et son article 11-1, ajouté à ladite ordonnance. Il en résulte que les magistrats de l'ordre judiciaire ne sont responsables « que de leurs fautes personnelles »⁶⁰⁹⁰. Mais en cas de commission d'une faute personnelle qui se rattache au service public de la justice, leur responsabilité ne peut être engagée que sur l'action récursoire de l'Etat, laquelle est exercée devant une chambre civile de la Cour de cassation⁶⁰⁹¹. Les articles L. 141-2 et L. 141-3 du C.O.J. fournissent, en fin de compte, des éléments de réponse intéressants à l'interrogation soulevée. Le second texte, qui régit les cas dans lesquels les juges peuvent être pris à partie (dol, fraude, concussion, faute lourde ou déni de justice), dispose *in fine* que « l'Etat est civilement responsable des condamnations en dommages et intérêts qui sont prononcées à raison de ces faits contre les juges, sauf son recours contre ces derniers ».

⁶⁰⁸⁴ Y. DESDEVISES, Quelques remarques sur la responsabilité des juges et de la justice, *in* Justice et droits fondamentaux, Etudes J. NORMAND, Litec, 2003, p. 167 et s., spéc. n°8 et 9, p. 170, pour le rapprochement avec le régime d'indemnisation des victimes de détentions provisoires injustifiées.

⁶⁰⁸⁵ R. ERRERA, Sur l'indépendance (...), *op. cit.*, p. 91. Rapp., M.-A. FRISON-ROCHE, La responsabilité des magistrats comme mise à distance, *op. cit.*, n°19 et s., p. 234 et s.

⁶⁰⁸⁶ V. Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, Inédit, n°04-17884.

⁶⁰⁸⁷ L'agent judiciaire du Trésor est le défendeur dans toutes les affaires dans lesquelles la responsabilité de la puissance publique est engagée.

⁶⁰⁸⁸ J.O. du 19 janv. 1979, p. 162.

⁶⁰⁸⁹ J.O. du 23 déc. 1958, p. 11551.

⁶⁰⁹⁰ La faute personnelle est celle précédemment examinée (celle commise en dehors de l'exercice des fonctions ou la faute intentionnelle commise avec l'intention de nuire ou dans un intérêt personnel). V. par ex., Cass. crim., 7 fév. 1991, Bull. crim., n°63.

⁶⁰⁹¹ Ces dispositions succinctes apportent peu à ce que la loi de 1972 prévoit déjà. Elles confirment l'existence d'une responsabilité des magistrats de carrière pour leur faute personnelle et précisent que l'action récursoire de l'Etat contre le magistrat fautif s'exerce devant une chambre civile de la Haute juridiction : V. J. JOLY-HURARD, La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats, R.I.D.comp., 2006, p. 439 et s., spéc. p. 444. Quant aux juges non professionnels, ceux qui composent les juridictions d'attribution, ils restent soumis à l'ancienne procédure de prise à partie.

1292. Sous cet angle, il apparaît difficile, pour la victime d'un acte coercitif arbitraire, d'engager directement la responsabilité civile de son auteur, sauf si elle parvient à caractériser une faute personnelle détachable du service. Il lui faudra montrer l'absence de tout lien entre l'acte reproché et le service du magistrat concerné ou l'intention de nuire de celui-ci. La preuve de cette intention maligne sera difficile à apporter. L'acte illégal possédera souvent un lien avec la procédure menée. Selon toute vraisemblance, il ne lui sera pas totalement étranger⁶⁰⁹². Si elle y parvient, les articles 1382 et 1383 du Code civil, dispositions de droit commun, s'appliqueront. Le magistrat ne sera plus poursuivi en tant qu'agent public, mais comme citoyen ordinaire, de sorte que l'Etat n'aura plus à répondre de ses actes⁶⁰⁹³. Pour sa défense, il discutera très certainement la qualification de sa faute. Il soutiendra qu'elle se rattache au service public de la justice, qu'elle n'est pas détachable de ce service, ou tout au moins, n'est pas dépourvue de tout lien avec le service. Si une telle vision est retenue, il ne sera pas possible de le poursuivre directement⁶⁰⁹⁴.

1293. En interdisant la mise en cause directe des magistrats, le droit positif les fait échapper à la vindicte des citoyens. La substitution de la responsabilité de l'Etat leur sert de « "bouclier" »⁶⁰⁹⁵. Elle permet une meilleure indemnisation des victimes de l'institution judiciaire. « Le système, qu'il soit légal ou jurisprudentiel, a été bâti pour cela et sur cette idée qu'il fallait protéger la fonction de juger au-delà de la personne de celui qui l'exerce »⁶⁰⁹⁶. De nouveau garant du dommage causé au justiciable, l'Etat peut se retourner contre le fautif. En pratique, l'action récursoire est toutefois rarissime⁶⁰⁹⁷. Son ineffectivité reste contestable⁶⁰⁹⁸. Sa mise en œuvre beaucoup plus fréquente inciterait sans doute à davantage de prudence avant de procéder ou de faire procéder à des actes coercitifs illégaux⁶⁰⁹⁹.

⁶⁰⁹² La preuve serait facilitée à la victime si l'acte dénoncé révélait que le magistrat a agi dans le cadre de sa vie privée.

⁶⁰⁹³ J. JOLY-HURARD, *op. cit.*, p. 446 et 447.

⁶⁰⁹⁴ C'est la raison pour laquelle certains auteurs ont noté, à juste titre, que la loi de 1979 a substitué à l'ancienne procédure de prise à partie, « sinon une immunité, du moins, un véritable privilège au profit du magistrat, qui le rend "intouchable" par la victime de l'atteinte à la liberté individuelle » : R. GASSIN, *op. cit.*, n°149, p. 64. Et l'hypothèse évoquée a de grandes chances de se produire au regard des enseignements de la doctrine : V. J. JOLY-HURARD, *op. cit.*, p. 452 et 453, précisant que « l'examen de la jurisprudence ne permet pas de dégager une définition précise de la faute personnelle susceptible d'engager la responsabilité civile du magistrat, dans la mesure où la mission du juge judiciaire, saisi d'une action en responsabilité civile contre l'Etat, est avant tout d'apprécier si la faute invoquée lorsqu'elle est qualifiée de "personnelle", se rattache effectivement au service public de la justice, et non de déterminer s'il s'agit d'une faute personnelle ou d'une faute de service. Ce serait au stade de l'exercice de l'action récursoire, par l'Etat, qu'une telle appréciation prendrait tout son sens ; mais comme elle n'a, en France, jamais été exercée, il n'existe pas de jurisprudence sur ce point ».

⁶⁰⁹⁵ M. DEGUERGUE, Les champs généraux de la responsabilité (...), *op. cit.*, p. 101.

⁶⁰⁹⁶ S. GUINCHARD, La responsabilité des gens de justice. Rapport de synthèse, *in* La responsabilité des gens de justice, *Justices*, n°5, 1997, p. 109 et s., spéc. p. 119.

⁶⁰⁹⁷ G. WIEDERKEHR, La responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la justice. Panorama général, *in* La responsabilité des gens de justice, *Justices*, n°5, 1997, p. 13 et s., spéc. p. 23.

⁶⁰⁹⁸ Elle est dénoncée justement : V. J.-F. RENUCCI, Irresponsabilité des magistrats et droit au juge, *R.P.D.P.*, 2004, p. 203 et s., spéc. n°5, p. 206 et 207 ; J.-C. MAGENDIE, La responsabilité des magistrats, *D.*, 2003, *chron.*, p. 1177 et s., spéc. p. 1183. Cet auteur se montre ensuite bien plus réservé à propos de l'action récursoire : J.-C. MAGENDIE, La responsabilité des magistrats : contribution à une réflexion apaisée, *D.*, 2005, *chron.*, p. 2414 et s., *not.* p. 2416 et 2417. Pour un résumé des critiques, D. LUDET, Les mécanismes actuels de la responsabilité (...), *op. cit.*, p. 219.

⁶⁰⁹⁹ Rappr., M.-A. FRISON-ROCHE, La responsabilité des magistrats : l'évolution d'une idée, *op. cit.*, n°67. Au lieu de prévoir l'exercice systématique de l'action récursoire, mieux vaudrait favoriser la liaison entre le régime de responsabilité civile de l'Etat lié au fonctionnement de la justice et le régime de responsabilité disciplinaire des magistrats : V. J.-C.

Certes, il est possible d'émettre des réserves sur les avantages procurés par une action directe en responsabilité intentée contre les magistrats auteur de pareils actes⁶¹⁰⁰. Reste qu'il serait opportun d'ouvrir « des recours plus impartiaux contre ceux d'entre eux qui faillissent à leurs fonctions » ; car, la responsabilité civile du magistrat fondée sur la faute personnelle se présente comme « une voie quasiment stérile »⁶¹⁰¹. « Virtuelle »⁶¹⁰², elle vient s'ajouter à une responsabilité pénale limitée⁶¹⁰³. Les responsabilités externes de celui qui accomplit un acte coercitif arbitraire se montrent ineffectives en somme. Sa responsabilité interne affiche un aspect bien différent.

§2 – L'effectivité de la responsabilité interne

1294. A la différence des responsabilités civile et pénale, la responsabilité disciplinaire de l'auteur d'un acte coercitif arbitraire demeure intériorisée et, d'une certaine façon, opaque pour sa victime⁶¹⁰⁴. Si un acte de ce genre est accompli, il peut donner lieu à des sanctions disciplinaires, liées à la faute professionnelle commise, à l'endroit de l'O.P.J. ou du magistrat responsable. Davantage effective que la responsabilité externe, celle-ci l'est assurément. Son organisation permet de le vérifier (A). Par ailleurs, l'expression « responsabilité interne » peut revêtir une autre acception. Elle peut signifier celle aménagée dans l'ordre juridique interne. Le juge européen exige son effectivité. A défaut, il sanctionne l'Etat défaillant. Prévoir une responsabilité disciplinaire effective s'apparente donc à une véritable obligation (B).

A – L'organisation d'une responsabilité disciplinaire effective

1295. Cette responsabilité dépend de la qualité de celui qui ordonne ou exécute l'acte coercitif infractionnel. Des règles différentes prévalent, en effet, s'il s'agit d'un O.P.J. (1°) ou d'un magistrat (2°).

MAGENDIE, *op. cit.*, p. 2418 et s. ; J. JOLY-HURARD, *op. cit.*, p. 455. Sur l'idée, pour les agents de la force publique : J. BUISSON, La responsabilité pécuniaire (...), *op. cit.*, p. 494 et 495.

⁶¹⁰⁰ Sur ces réserves en général, D. LUDET, *op. cit.*, p. 210 et 211.

⁶¹⁰¹ G. WIEDERKEHR, *op. cit.*, p. 23 et 24.

⁶¹⁰² Le mot est de M. DEGUERGUE, *op. et loc. cit.*

⁶¹⁰³ Si l'acte juridictionnel ne peut être source de responsabilité pénale (Cass. crim., 9 déc. 1981, préc.), le même constat s'impose pour les responsabilités disciplinaire et civile. Les décisions juridictionnelles des magistrats restent « des sanctuaires inaccessibles » à la mise en œuvre de ces différents régimes de responsabilité : V. D. LUDET, *op. cit.*, p. 215.

⁶¹⁰⁴ Ceci est dénoncé : V. R. BEAUVOIS, Le contrôle de la déontologie des forces de police par la Commission nationale de déontologie de la sécurité, *in* Police et justice pénale, Arch. pol. crim., n°33, Pedone, 2011, p. 49 et s., spéc. p. 51, soulignant que ce contrôle interne, « indispensable pour des personnels disposant de tels pouvoirs sur la liberté et la dignité de leurs concitoyens, manque de transparence, les conclusions des inspecteurs comme les décisions des instances disciplinaires demeurant confidentielles ».

1°- La responsabilité disciplinaire des O.P.J.

1296. Défini comme « le pouvoir d’infliger une sanction à raison d’une faute consistant de la part du fonctionnaire à manquer aux obligations auxquelles son statut le soumet », le pouvoir disciplinaire s’exerce sur les policiers et les gendarmes⁶¹⁰⁵. Ils sont soumis à l’autorité de leur supérieur hiérarchique en vertu des articles 13 et 19 du décret n°86-592 du 18 mars 1986 portant Code de déontologie de la police nationale⁶¹⁰⁶. Une sanction peut leur être infligée en cas de faute disciplinaire, c’est-à-dire en cas de manquement aux obligations auxquelles fonctionnaires et militaires demeurent astreints : l’obéissance, le service, la discrétion professionnelle, etc⁶¹⁰⁷. Nul doute que l’exécution d’un acte coercitif arbitraire s’analyse en une telle faute, susceptible d’aboutir au prononcé d’une sanction disciplinaire à leur encontre. Ces sanctions peuvent être décidées par les autorités administratives⁶¹⁰⁸. L’identification individuelle des policiers et des gendarmes a d’ailleurs été facilitée récemment⁶¹⁰⁹. Sans trop entrer dans les détails⁶¹¹⁰, l’administration mène une enquête sur l’acte dénoncé avant la mise en œuvre d’une procédure disciplinaire. L’inspection générale de la police nationale (I.G.P.N.) diligente l’enquête si les agents mis en cause ressortissent à la police nationale. Entré en vigueur le 2 septembre 2013, le décret n°2013-784 du 28 août 2013 relatif aux missions et à l’organisation de l’inspection générale de la police nationale⁶¹¹¹ a eu pour objet de définir la double mission de celle-ci : une mission générale d’inspection, de contrôle, d’audit et d’étude des directions et services mentionnés à l’article 1^{er} de ce décret⁶¹¹² et une mission de police judiciaire⁶¹¹³. L’inspection générale des services (I.G.S.) s’avère, elle, compétente pour les membres de la gendarmerie nationale et de la préfecture de police de Paris⁶¹¹⁴. Les membres de ces services entendent les agents concernés, rassemblent des preuves et établissent un rapport transmis à l’autorité hiérarchique⁶¹¹⁵.

⁶¹⁰⁵ V. SILVERA, S. SALON, La fonction publique et ses problèmes actuels, éd. de l’Actualité juridique, 1976, p. 345.

⁶¹⁰⁶ J.O. du 19 mars 1986, p. 4586.

⁶¹⁰⁷ A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *op. cit.*, n°1512, p. 762 et 763.

⁶¹⁰⁸ Il y aurait eu 2599 sanctions disciplinaires prononcées en 2012 contre les policiers et 2416 en 2013 (L’express, 6 mai 2014).

⁶¹⁰⁹ V. art. R. 434-15 du Code de la sécurité intérieure, issu du décret n°2013-1113 du 4 décembre 2013 et l’arrêté du 24 décembre 2013 (J.O. du 27 déc. 2013, texte n°46 ; J.C.P., 2014, act., 58), qui obligent les policiers et gendarmes, exerçant en uniforme, à porter leur numéro d’identification depuis le 1^{er} janvier 2014.

⁶¹¹⁰ La doctrine a étudié la question de manière exhaustive : V. H. MATSOPOULOU, Les enquêtes (...), *op. cit.*, n°1061, p. 846 et s. ; A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *op. cit.*, n°1512 et s., p. 762 et s., n°1520 et s., p. 766 et s.

⁶¹¹¹ J.O. du 30 août 2013, texte n°26 ; Procédures, 2013, comm. n°295, obs. J. BUISSON.

⁶¹¹² C’est-à-dire assurer la coordination et le suivi de l’activité de contrôle des directions et services de la direction générale de la police nationale et de la préfecture de police ; et assurer le contrôle et le suivi de la mise en œuvre des sanctions prononcées par l’autorité ayant pouvoir disciplinaire.

⁶¹¹³ A savoir diligenter les enquêtes judiciaires, d’initiative ou sur instruction judiciaire, recevoir les plaintes et dénonciations et déférer aux réquisitions judiciaires.

⁶¹¹⁴ V. Y. MADIOT, Le contrôle administratif de la police, *in* Droits de l’individu et police, Thémis-litec, 1990, p. 139 et s., spéc. p. 152 et s.

⁶¹¹⁵ A la suite du décret du 28 août 2013 précité, une réorganisation s’est produite. Ce texte a prévu que les fonctionnaires exerçant à l’inspection générale des services de la préfecture de police, sauf ceux qui sont affectés au service information sécurité, sont transférés à l’inspection générale de la police nationale.

1297. Ces enquêtes portent, en général, sur des violences commises contre les citoyens à l'occasion du service, l'usage non nécessaire des armes à feu, mais aussi sur les divers abus d'autorité perpétrés : violations du secret des correspondances et recours à des interceptions téléphoniques illégales, violations de domicile, contrôles et vérifications d'identité injustifiés, constitutifs d'atteinte à la liberté individuelle⁶¹¹⁶... Au terme d'une procédure disciplinaire⁶¹¹⁷ devant respecter les principes généraux du droit (contradiction et droits de la défense) et les exigences conventionnelles du procès équitable garanties par l'article 6⁶¹¹⁸, l'enquêteur fautif peut se voir sanctionner. Lorsqu'il appartient à la police nationale, les sanctions susceptibles de le frapper sont, entre autres, les suivantes : l'avertissement, le blâme, la radiation du tableau d'avancement, le déplacement d'office, la rétrogradation, l'exclusion temporaire des fonctions pour une durée de trois mois à deux ans, la révocation... Pour les gendarmes, il est des sanctions fixées par le règlement de discipline générale des armées (avertissement, arrêt, blâme, arrêt de rigueur). D'autres demeurent visées par décret et consistent en des sanctions professionnelles (retrait temporaire ou définitif, partiel ou total d'une qualification professionnelle). Certaines sont, enfin, édictées par le statut général (radiation des cadres par mesure disciplinaire, réduction d'un ou plusieurs grades...). Lorsqu'une sanction disciplinaire s'avère prononcée par l'autorité administrative, l'autorité judiciaire demande d'ordinaire le versement de cette procédure dans le dossier pénal⁶¹¹⁹. Il semble que le cumul de sanctions soit admis avec les peines éventuellement décidées par le juge répressif⁶¹²⁰.

1298. A ces sanctions disciplinaires *stricto sensu*, le droit français ajoute « une responsabilité quasi disciplinaire » de l'enquêteur mis en cause⁶¹²¹. Le procureur général près la cour d'appel, qui a pour mission de surveiller la police judiciaire d'après les dispositions de l'article 13 du C.P.P., a la possibilité de suspendre ou de retirer l'habilitation aux fonctions d'O.P.J. si un enquêteur apparaît impliqué dans la commission d'un acte coercitif arbitraire⁶¹²². Les articles R. 15-2 et R. 15-6 du C.P.P. décrivent les conditions de la suspension et du retrait de ladite habilitation⁶¹²³. Il ressort de ces textes que le procureur général prononce le retrait ou, pour une durée n'excédant pas deux ans, la suspension

⁶¹¹⁶ V. A. DU CHEYRON DU PAVILLON, La police de la police, Rev. sc. crim., 1975, p. 359 et s., spéc. n°9 à 12, p. 363 et 364.

⁶¹¹⁷ Pour des développements sur celle-ci : H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, n°1065, p. 848 à n°1067, p. 851.

⁶¹¹⁸ L'accusation relève de la « matière pénale » dans le domaine civil (policiers) ou militaire (gendarmes). Les garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme s'appliquent dès lors. V. CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere / Belgique*, n°6878/75 ; 7238/75, §47 à 50 ; CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres*, préc.

⁶¹¹⁹ Sur ce point et d'autres, C. DI MARINO, Investigations policières (...), *op. cit.*, p. 238.

⁶¹²⁰ V. not., art. 27 de la loi n°72-662 du 13 juill. 1972, préc. ; Art. 6 du décret n°86-592 du 18 mars 1986, préc.

⁶¹²¹ A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *op. cit.*, n°1527, p. 770 : « L'autorité judiciaire se voit donc chargée de mettre en œuvre une responsabilité disciplinaire par nature puisqu'elle vise à sanctionner une faute professionnelle commise par un policier ou un gendarme. Mais nous la qualifions de quasi disciplinaire parce que le pouvoir disciplinaire *stricto sensu* "est une des branches du pouvoir hiérarchique : il appartient normalement à l'autorité hiérarchique, c'est-à-dire à celle qui est investie du pouvoir de nomination" ».

⁶¹²² Art. 16 *in fine* du C.P.P. ; V. J.-P. DINTILHAC, Le contrôle du parquet sur la police judiciaire, in *Police et justice pénale*, Arch. pol. crim., n°33, Pedone, 2011, p. 29 et s., spéc. p. 34. Pour l'historique du retrait d'habilitation, H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, n°1068 et 1069, p. 851 et 852.

⁶¹²³ Art. R. 15-2 pour la gendarmerie ; Art. R. 15-6 pour la police nationale.

de l'habilitation à exercer les attributions attachées à la qualité d'O.P.J., par arrêté pris soit d'office, soit sur la proposition, en fonction de la qualité de gendarme ou de policier de l'intéressé, du commandant du groupement ou du commandant régional de la gendarmerie, ou du chef de service. Le législateur a prévu des garanties afin d'encadrer cette sanction professionnelle. Avant de prendre sa décision, le procureur général doit entendre l'O.P.J. concerné, lequel peut prendre connaissance du dossier relatif aux faits reprochés. Celui-ci peut se faire assister d'un conseil. Si le retrait d'habilitation est prononcé, l'enquêteur conserve le droit de le contester sous la forme d'un recours gracieux qui doit être exercé dans le délai d'un mois, puis, par un recours devant une commission spécifique de la Cour de cassation en cas de maintien de la décision⁶¹²⁴.

1299. L'exécution d'actes coercitifs illégaux génère d'autres conséquences fâcheuses pour les membres de la police judiciaire. Conformément aux articles 224 à 230 du C.P.P., ceux-ci sont susceptibles de faire l'objet de poursuites disciplinaires devant la chambre de l'instruction. La chambre criminelle a une approche très compréhensive des actes qui doivent être soumis au contrôle de cette juridiction. Il s'agit de « tout acte d'un officier ou agent de police judiciaire qui se rattache à l'exercice des fonctions de police judiciaire, telles que celles-ci sont définies par l'article 14 du C.P.P. »⁶¹²⁵. Comme selon l'article 13 du C.P.P., il incombe à la chambre de l'instruction de contrôler les O.P.J., elle se révèle compétente pour prendre les décisions disciplinaires prévues par l'article 227 du C.P.P. lorsqu'elle connaît d'un acte coercitif illégal⁶¹²⁶. Elle a compétence pour apprécier tous les manquements pouvant donner lieu à sanction disciplinaire au regard des règles déontologiques applicables à l'O.P.J. (ou A.P.J.) intéressé, alors même que le procureur général aurait déjà, à raison des mêmes faits, usé à son égard des pouvoirs, différents par leur nature et leur étendue, qu'il tient de l'article 16, dernier alinéa, dudit Code⁶¹²⁷. Ses sanctions peuvent consister en de simples observations adressées à l'enquêteur jusqu'à décider qu'il ne pourra, temporairement ou définitivement, exercer, soit dans le ressort de la cour d'appel, soit sur tout l'ensemble du territoire, ses fonctions d'O.P.J. et de

⁶¹²⁴ Art. 16-1 à 16-3 du C.P.P. ; Art. R. 15-7 à R. 15-16 du C.P.P.

⁶¹²⁵ Cass. crim., 12 mai 1992, Bull. crim., n°185 ; Dr. pénal, 1992, comm. n°243, note A. MARON.

⁶¹²⁶ Même si le contrôle disciplinaire de la chambre de l'instruction sur l'activité des O.P.J. demeure distinct du régime des nullités pouvant affecter les actes de procédure : Cass. crim., 20 mars 1984, Bull. crim., n°117. Au fond, accorder le pouvoir disciplinaire – ou quasi disciplinaire – à la chambre de l'instruction apparaît tout à fait justifié, puisque c'est elle qui examine les procédures établies par les O.P.J. et A.P.J., et de ce fait, « se trouve la mieux placée pour déceler les dérapages, et les atteintes à des droits fondamentaux auxquels se livreraient certains O.P.J. et A.P.J. » : C. DI MARINO, *op. cit.*, p. 241.

⁶¹²⁷ Cass. crim., 4 mai 1988, Bull. crim., n°191 ; D., 1988, somm. comm., p. 357, obs. J. PRADEL. Comme le note ce commentateur : « Ainsi, les sanctions pénales mises à part, trois autorités peuvent prendre des sanctions disciplinaires à l'encontre d'un officier de police judiciaire pour des faits constituant des fautes disciplinaires comme la violation des règles sur la garde à vue ou les perquisitions par exemple ».

délégué du juge d'instruction⁶¹²⁸. Elles ne font pas non plus obstacle à l'action disciplinaire engagée par les supérieurs hiérarchiques du policier ou gendarme impliqué⁶¹²⁹.

1300. Du point de vue procédural, la chambre de l'instruction est saisie soit par le procureur général, soit par son président. Elle peut également se saisir d'office à l'occasion de l'examen d'une procédure qui lui est soumise⁶¹³⁰. Une fois saisie, elle fait procéder à une enquête préalable à l'audience, au cours de laquelle elle entend le procureur général et l'O.P.J. (ou A.P.J.) concerné en vertu de l'article 226 du C.P.P. Parce qu'elle s'avère « essentielle aux droits de la défense », cette enquête, « qui ne se confond pas avec l'audience de la juridiction », demeure indispensable et ne saurait, en aucun cas, être omise⁶¹³¹. Celui-ci doit avoir été préalablement mis à même de prendre connaissance de son dossier tenu au parquet général et peut se faire assister par un avocat⁶¹³². D'après la Cour de cassation, lorsqu'elle statue dans les conditions prévues par les articles 224 à 230 du C.P.P., la chambre de l'instruction ne prononce ni sur des contestations relatives à des droits ou des obligations de caractère civil ni sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale. Ses décisions n'entrent donc pas dans le champ d'application de l'article 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatives à l'exigence d'impartialité du tribunal⁶¹³³. Il lui est permis de statuer en chambre du conseil⁶¹³⁴. En dépit du silence de la loi, la décision de la chambre de l'instruction peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation dont l'effet est suspensif⁶¹³⁵.

1301. Il apparaît finalement regrettable que les poursuites disciplinaires engagées à l'égard des enquêteurs fautifs ne soient pas plus fréquentes⁶¹³⁶. Elles doivent être systématiques en présence d'un acte coercitif infractionnel. Auteur d'un tel acte, comme une arrestation et une garde à vue arbitraires ou une violation de domicile, l'O.P.J. commet une faute disciplinaire qui méconnaît les règles

⁶¹²⁸ Art. 227 du C.P.P., ajoutant que « cette décision prend effet immédiatement ». V. par ex., Cass. crim., 10 janv. 1995, Inédit, n°94-82198, préc. (interdiction d'exercer les fonctions d'O.P.J. durant un an sur l'ensemble du territoire national en raison d'un traitement humiliant infligée à une personne placée en garde à vue) ; Cass. crim., 26 fév. 1997, préc., Bull. crim., n°78 ; J.C.P., 1997, II, 22865, note H. MATSOPOULOU (interdiction d'exercer les fonctions d'O.P.J. pendant six mois pour avoir refusé d'exécuter l'ordre du juge d'instruction consistant à pratiquer une perquisition).

⁶¹²⁹ *Ibid.* La chambre de l'instruction transmet en outre le dossier au procureur général « à toutes fins qu'il appartiendra » (mise en mouvement éventuelle de l'action publique), si l'acte apparaît constituer une infraction pénale (art. 228 du C.P.P.).

⁶¹³⁰ Art. 225 du C.P.P.

⁶¹³¹ Cass. crim., 7 juin 2011, Bull. crim., n°120, préc. En l'espèce, la chambre de l'instruction avait prononcé, à l'égard d'un O.P.J., l'interdiction d'exercer ses fonctions dans le ressort de la cour d'appel de Reims pendant une durée d'un an, sans avoir opéré préalablement l'enquête prévue à l'article 226 du C.P.P. Son arrêt est cassé par la chambre criminelle, qui entend bien faire respecter cette garantie.

⁶¹³² Art. 226, al. 2 du C.P.P.

⁶¹³³ Cass. crim., 26 fév. 1997, préc. La motivation de cette décision est contestable. Une sanction disciplinaire qui prive l'intéressé du droit d'exercer temporairement sa profession entre dans le domaine d'application de la Convention selon la jurisprudence européenne. V. aussi : H. MATSOPOULOU, note sous Cass. crim., 26 fév. 1997, J.C.P., 1997, II, 22865.

⁶¹³⁴ Cass. crim., 26 nov. 1996, Bull. crim., n°425 (absence de violation de la règle de la publicité).

⁶¹³⁵ Cass. crim., 26 fév. 1997, préc. ; *Adde*, Cass. crim., 4 mai 1988, préc., évoquant le contrôle de la Cour de cassation.

⁶¹³⁶ V. R. BEAUVOIS, Le contrôle de la déontologie des forces de police (...), *op. cit.*, p. 60, signalant qu'« en 2010, dans 57% des cas ce type de recommandations (engager des poursuites disciplinaires contre le fonctionnaire ayant méconnu la déontologie) n'a reçu aucune suite, les responsables hiérarchiques ou le parquet estimant que les manquements dénoncés par la C.N.D.S. n'étaient pas établis ou d'une gravité suffisante pour justifier des sanctions ». La commission nationale de déontologie de la sécurité ayant disparu, c'est le Défenseur des droits qui est compétent aujourd'hui.

déontologiques de sa profession, en plus de la faute pénale. Toutes les sanctions disciplinaires (et quasi disciplinaires) se cumulent, c'est-à-dire celles prises par les supérieurs hiérarchiques dont relève l'intéressé, le procureur général et la chambre de l'instruction, sans contrevenir à la règle *non bis in idem*. Elles peuvent même se cumuler avec une sanction pénale⁶¹³⁷. Dans ces conditions, il semble inconcevable que l'O.P.J. à l'origine d'un acte coercitif illégal ne subisse aucune sanction disciplinaire. Le dispositif étudié témoigne de la volonté législative d'astreindre les membres de la police judiciaire à un contrôle rigoureux de la part de l'autorité judiciaire. Cette dernière n'a pas juste vocation à exercer « un contrôle *a posteriori* par la répression pénale et l'annulation des actes viciés ; elle doit aussi pouvoir prévenir la réitération de tels manquements toujours attentatoires aux libertés individuelles, en éliminant du corps de la police judiciaire ceux qui ne méritent pas d'y figurer »⁶¹³⁸. Comparée à leur responsabilité pénale, la responsabilité disciplinaire des O.P.J. semble plus fréquente. Par rapport à leur responsabilité civile, elle les atteint à titre personnel. Elle paraît davantage effective en somme. Mais qu'en est-il pour les magistrats ?

2°- La responsabilité disciplinaire des magistrats

1302. Intervenant pour « la violation d'une norme de comportement collective », la responsabilité disciplinaire doit être « distribuée par l'organe professionnel : c'est le rôle de la responsabilité comme régulation d'un corps professionnel »⁶¹³⁹. Elle est prévue aux articles 43 à 66 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature. L'article 43 analyse la faute disciplinaire comme « tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité »⁶¹⁴⁰. Les sanctions applicables à cette faute sont recensées à son article 45, modifié par la loi organique n°2010-830 du 22 juillet 2010⁶¹⁴¹. Au nombre de huit au total, elles consistent dans un blâme avec inscription au dossier jusqu'à la mise à la retraite d'office et à la révocation⁶¹⁴². Suite au désastre de l'affaire d'Outreau, à l'utilisation abusive de la coercition, notamment de la détention provisoire à l'égard de personnes jugées ensuite innocentes, une réforme du régime disciplinaire des magistrats est apparue nécessaire. Avant même cette faillite du système judiciaire, certains hauts magistrats et universitaires avaient appelé à modifier ce type de responsabilité

⁶¹³⁷ La décision intervenue au pénal ne lie pas, en droit, la décision disciplinaire. En pratique, la juridiction pénale se préoccupe toutefois de la sanction prise par l'administration et, réciproquement, celle-ci tient compte de la décision du juge pénal : V. A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *op. cit.*, n°1526, p. 769.

⁶¹³⁸ H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, n°1074, p. 856.

⁶¹³⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, La responsabilité des magistrats : l'évolution (...), *op. cit.*, n°64, ajoutant qu'il faut « conserver le principe car c'est elle qui fait de la magistrature une véritable "profession", même si, par ailleurs, l'organisation de la procédure de sanction doit tendre vers plus de transparence ».

⁶¹⁴⁰ Sur le manque de lisibilité de cette faute : J. JOLY-HURARD, *op. cit.*, p. 458 ; J.-C. MAGENDIE, *op. cit.*, p. 1179.

⁶¹⁴¹ J.O. du 23 juill. 2010, p. 13562.

⁶¹⁴² En principe, lorsqu'un magistrat est poursuivi en même temps pour plusieurs faits, il ne peut être prononcé contre lui que l'une des sanctions prévues à l'article 45 de l'ordonnance du 22 décembre 1958. Une faute disciplinaire ne peut donner lieu qu'à une seule de ces peines. Des sanctions de l'article 45 (énumérées à l'article 46) peuvent néanmoins être assorties du déplacement d'office. La mise à la retraite d'office emporte interdiction de se prévaloir de l'honorariat des fonctions prévu à l'article 77, alinéa 1 (art. 46 de l'ordonnance de 1958).

depuis plusieurs années. Le doyen GUINCHARD prônait le recours à cette procédure, en cas de faute dans l'activité de juger, sous trois conditions : que la décision support de la faute ait fait l'objet d'une réformation ou d'une annulation irrévocable pour « violation d'une norme juridique établie », qu'il soit possible d'individualiser la faute, enfin qu'une véritable instance disciplinaire ait lieu, avec respect du contradictoire, etc⁶¹⁴³.

1303. L'affaire d'Outreau a accéléré l'élaboration d'une réforme de la responsabilité des magistrats. Aggraver leur responsabilité disciplinaire, de même qu'améliorer l'indemnisation du préjudice souffert par les justiciables, n'est pas une fin en soi bien sûr. Il vaut mieux éviter à ceux-ci de subir des actes coercitifs injustifiés, voire illégaux. Il reste préférable de prévenir la coercition abusive au lieu de tenter de la réparer ou de la sanctionner. Or le rapport de la commission parlementaire élaboré sur ladite affaire⁶¹⁴⁴ a semblé mettre davantage l'accent sur la sanction encourue par le magistrat que sur les moyens d'éviter l'exécution d'actes coercitifs abusifs⁶¹⁴⁵. Il relève le caractère peu fréquent des sanctions disciplinaires prononcées, mais aussi leur manque de sévérité⁶¹⁴⁶. S'il préconise de faire échapper les actes juridictionnels à toute mise en cause éventuelle, il propose que « la méconnaissance manifeste par les juges des principes directeurs de la procédure civile et pénale » puisse engager leur responsabilité. A cette fin, ces principes directeurs recevraient un ancrage législatif dans le Code de déontologie appelé à figurer dans le statut⁶¹⁴⁷. Un acte coercitif illégal constituerait dès lors une faute disciplinaire susceptible d'être sanctionnée par le Conseil supérieur de la magistrature⁶¹⁴⁸.

1304. Il est possible de considérer que l'accomplissement d'un tel acte constitue un manquement aux devoirs de l'état de magistrat. L'article 136 du C.P.P. l'illustre parfaitement. D'après ce texte, l'inobservation des formalités prescrites pour les mandats de comparution, d'amener, de dépôt, d'arrêt et de recherche peut donner lieu à des sanctions disciplinaires contre le juge d'instruction, le juge des libertés et de la détention ou le procureur de la République⁶¹⁴⁹. Ces dispositions s'étendent du

⁶¹⁴³ S. GUINCHARD, La responsabilité des gens de justice (...), *op. cit.*, spéc. p. 127 à 130 ; S. GUINCHARD, De l'irresponsabilité des juges d'instruction : pour combien de temps encore ?, in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 349 et s., spéc. p. 364 à 367, évoquant la passerelle (proposée par un groupe de travail réuni à l'E.N.M. en 1998-1999) entre les dossiers ayant donné lieu à une condamnation de l'Etat (art. L. 781-1 du C.O.J., aujourd'hui L. 141-1 et L. 141-2 de ce Code ; art. 149 du C.P.P., pour la détention provisoire injustifiée) et les poursuites disciplinaires contre le magistrat fautif au moyen d'une transmission du dossier au C.S.M. ; mais également « la violation d'une norme procédurale établie » qui pourrait fonder une action en indemnisation et une action disciplinaire dans les cas graves. Sur cette « passerelle », J.-C. MAGENDIE, La responsabilité des magistrats : contribution (...), *op. cit.*, p. 2418 et s.

⁶¹⁴⁴ « Au nom du peuple français : juger après Outreau », Rapport n°3125, XIIe législature, A. VALLINI, président, P. HOUILLON, rapporteur, 6 juin 2006, not. p. 479 à 494.

⁶¹⁴⁵ Rapp., H. EPINEUSE, Quelle responsabilité pour les magistrats après Outreau ?, A.J. pénal, 2006, dossier, p. 396 et s., spéc. p. 398 ; P. CONTE, Les galeux de la République, *op. cit.*, n°4 et 9.

⁶¹⁴⁶ Rapport préc., p. 489 à 491.

⁶¹⁴⁷ Rapport préc., p. 494. Le rapport préconise, en outre, de modifier la composition du Conseil supérieur de la magistrature.

⁶¹⁴⁸ Lequel a l'obligation d'élaborer et de rendre public un recueil des obligations déontologiques des magistrats depuis la loi organique n°2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats (art. 18).

⁶¹⁴⁹ Rappr. déjà, art. 112 du C.I.C. : « L'inobservation des formalités prescrites pour les mandats de comparution, de dépôt et d'arrêt, sera toujours punie d'une amende de 50 francs au moins contre le greffier, et, s'il y a lieu, d'injonctions au juge d'instruction et au procureur impérial, même de prise à partie s'il y échet ».

reste à toute violation des mesures protectrices de la liberté individuelle prescrites par les articles cités au texte, bref à d'autres actes coercitifs comme les perquisitions et saisies et le contrôle judiciaire. Dans sa décision du 1^{er} mars 2007⁶¹⁵⁰, le juge constitutionnel a estimé que l'indépendance de l'autorité judiciaire, garantie par l'article 64 de la Constitution, et le principe de la séparation des pouvoirs, proclamé par l'article 16 de la Déclaration de 1789, n'interdisent pas au législateur organique d'étendre la responsabilité disciplinaire des magistrats à leur activité juridictionnelle en prévoyant qu'une violation grave et délibérée d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties puisse engager une telle responsabilité. Toutefois, ces mêmes principes font obstacle à l'engagement de poursuites disciplinaires lorsque cette violation n'a pas été préalablement constatée par une décision de justice devenue définitive. La règle dégagée par le Haut conseil, à l'occasion de sa censure, n'est pas sans rappeler *mutatis mutandis* celle édictée par l'article 6-1 du C.P.P. Accomplir un acte coercitif arbitraire peut entraîner « une violation grave et délibérée d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits » d'un justiciable. A titre impératif, l'illégalité commise doit être reconnue par une décision définitive pour donner lieu à des poursuites disciplinaires contre le magistrat fautif.

1305. Dans sa rédaction issue de la loi organique du 22 juillet 2010, l'article 43, alinéa 2, de l'ordonnance du 22 décembre 1958 dispose désormais que « constitue un des manquements aux devoirs de son état la violation grave et délibérée par un magistrat d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, constatée par une décision de justice devenue définitive ». L'alinéa 3 ajoute : « la faute s'apprécie pour un membre du parquet ou un magistrat du cadre de l'administration centrale du ministère de la justice compte tenu des obligations qui découlent de sa subordination hiérarchique ». Il y a bien, avec cette loi, une extension de la responsabilité des magistrats. L'évolution mérite d'être saluée. Elle opère une distinction entre le contenu d'une décision juridictionnelle (qui peut être un mandat de justice coercitif) et le « mécanisme » par lequel le magistrat aboutit à celle-ci, autrement dit entre le corps de la décision et le comportement de celui-ci⁶¹⁵¹. Une décision pénale, qui adopte un acte coercitif plutôt qu'un autre, par exemple un contrôle judiciaire ou une assignation à résidence avec placement sous surveillance électronique au lieu d'une mise en détention provisoire, ne saurait conduire à une responsabilité disciplinaire. Il existe une part de risque et d'incertitude en ce qui concerne le résultat, le juge n'ayant qu'une obligation de moyens et non de résultat⁶¹⁵². Mais s'il ordonne l'accomplissement ou effectue un acte coercitif en commettant

⁶¹⁵⁰ C.C., 1^{er} mars 2007, n°2007-551 DC, *Loi organique n°2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*, J.O. du 6 mars 2007, p. 4230, not. cons. 7.

⁶¹⁵¹ G. CANIVET, cité dans le rapport n°3125 préc., p. 485. V. toutefois, C.S.M., 8 fév. 1981 (*Bidalou*), *Gaz. pal.*, 1981, I, *jurisp.*, p. 115, qui, après avoir rappelé que les décisions juridictionnelles des magistrats du siège ne peuvent être critiquées que par le seul exercice des voies de recours prévues par la loi et ne sauraient relever de la compétence de la juridiction disciplinaire, considère qu'« un tel principe trouve sa limite lorsqu'il résulte de l'autorité même de la chose définitivement jugée qu'un juge a, de façon grossière et systématique, outrepassé sa compétence ou méconnu le cadre de sa saisine, de sorte qu'il n'a accompli, malgré les apparences, qu'un acte étranger à toute activité juridictionnelle ».

⁶¹⁵² D. COMMARET, *La procédure pénale vue comme modèle éthique (...)*, *op. cit.*, p. 332.

des erreurs de droit grossières, en violation des principes directeurs du procès pénal, et qui « trahissent de la part du juge une violation délibérée des obligations légales qui s'imposent à lui », ces manquements doivent lui être reprochés, dans la mesure où ils caractérisent « l'inaptitude du magistrat à remplir sa mission dans le cadre légal qui lui est imparti. Disant le droit, le magistrat ne peut s'abstraire des exigences de légalité qu'il impose aux autres »⁶¹⁵³.

1306. Cette distinction conduit, au bout du compte, à dissocier une sorte d'erreur excusable d'une erreur inexcusable. La première amène à effectuer un acte coercitif injustifié et se trouve essentiellement dans le cadre de l'activité juridictionnelle. Génératrice d'un acte coercitif illégal, la seconde est imputable au magistrat en raison de son comportement personnel. Les conditions d'engagement de sa responsabilité disciplinaire ne sauraient être identiques selon le caractère de l'acte coercitif opéré, injustifié ou illégal. Les réformes récentes embrassent les cas dans lesquels ce dernier est accompli. Dans le rapport parlementaire sur l'affaire d'Outreau, il a été proposé de compléter le dispositif de l'ancien article L. 781-1 du C.O.J. L'idée était de faire statuer éventuellement sur le contentieux disciplinaire qu'après la décision sur l'existence d'un dysfonctionnement. Cela ressortait de la réflexion menée par certains hauts magistrats avec le doyen GUINCHARD⁶¹⁵⁴. La loi organique du 5 mars 2007 (article 20) a alors ajouté des dispositions après l'article 48 de l'ordonnance de 1958⁶¹⁵⁵. Selon l'article 48-1 de cette ordonnance, « toute décision définitive d'une juridiction nationale ou internationale condamnant l'Etat pour fonctionnement défectueux du service de la justice est communiquée aux chefs de cour d'appel intéressés par le garde des Sceaux, ministre de la justice. Le ou les magistrats intéressés sont avisés dans les mêmes conditions. Des poursuites disciplinaires peuvent être engagées par le ministre de la justice et les chefs de cour d'appel intéressés dans les conditions prévues aux articles 50-1, 50-2 et 63 ». Susceptibles de créer un mauvais fonctionnement de la justice pénale, les actes coercitifs illégaux peuvent donner lieu à de telles poursuites disciplinaires. Ce nouveau texte incite à poursuivre de tels actes, plus largement, à ne pas se soustraire de rechercher les responsabilités individuelles.

1307. La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a créé un mode de saisine supplémentaire du Conseil supérieur de la magistrature, ouvert à tout justiciable mécontent d'un magistrat auquel il a eu affaire dans le cadre d'un procès pénal ou de toute « procédure judiciaire ». Tel est le cas lorsque la personne estime que le comportement adopté par le magistrat du siège, dans l'exercice de ses

⁶¹⁵³ D. COMMARET, *op. cit.*, p. 333.

⁶¹⁵⁴ Rapport préc., p. 480. Ces magistrats étaient M. MAGENDIE et Mme COMMARET.

⁶¹⁵⁵ Aux termes duquel, « le pouvoir disciplinaire est exercé, à l'égard des magistrats du siège par le Conseil supérieur de la magistrature et à l'égard des magistrats du parquet ou du cadre de l'administration centrale du ministère de la justice par le garde des Sceaux, ministre de la justice ».

fonctions, peut recevoir une qualification disciplinaire⁶¹⁵⁶. La saisine du Conseil supérieur de la magistrature ne permet pas de le récuser. De nombreuses garanties ont été prévues afin d'éviter les abus, en particulier le filtre de la « commission d'admission des requêtes » qui examine la plainte avant toute enquête et poursuites disciplinaires éventuelles. A titre d'illustration, la plainte ne peut être, à peine d'irrecevabilité, dirigée contre un magistrat qui reste saisi de la procédure. Le président de la commission rejette, en outre, « les plaintes manifestement infondées ou manifestement irrecevables », comme l'indique l'article 50-3 de l'ordonnance de 1958⁶¹⁵⁷. Des dispositions similaires existent pour les membres du ministère public⁶¹⁵⁸. Le procureur Philippe COURROYE aura été le premier magistrat auquel aura été appliqué ce nouveau dispositif, le Conseil supérieur de la magistrature ayant été saisi par deux journalistes du Monde au prétexte de la violation du secret de leurs sources dans des faits liés à l'affaire BETTENCOURT. Dans son avis du 28 janvier 2014 à propos « des fadettes », le Conseil a conclu par un non-lieu au prononcé d'une sanction disciplinaire⁶¹⁵⁹. Il n'empêche qu'accomplir des actes coercitifs illégaux devient de plus en plus périlleux pour les magistrats du siège comme du parquet. Leur travail et leur manière de procéder se trouvent « sous la surveillance directe des citoyens »⁶¹⁶⁰. Ayant supporté la coercition dénoncée, ceux-ci tiendront vraisemblablement à saisir le Conseil supérieur de la magistrature dans le but qu'il exerce des poursuites disciplinaires à l'encontre du ou des responsables. Mais il est vrai que les conditions de délais stricts amoindrissent la garantie instituée. Le dépôt de plainte ne peut intervenir avant le prononcé d'une décision irrévocable mettant fin à la procédure pénale et pas au-delà d'un an après cet événement. La coercition illégale subie s'apparentera à un lointain souvenir sous cet angle⁶¹⁶¹...

1308. La procédure s'avère contradictoire puisque le magistrat a droit à la communication de son dossier et des pièces de l'enquête préliminaire dès la saisine du Conseil supérieur de la magistrature⁶¹⁶². Au cours de l'enquête, le magistrat mis en cause peut se faire assister par l'un de ses pairs, par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ou par un avocat inscrit au barreau. La procédure doit être mise à la disposition de l'intéressé ou de son conseil quarante-huit heures au moins

⁶¹⁵⁶ Art. 50-3 de l'ordonnance du 22 déc. 1958, créé par art. 25 de la loi organique n°2010-830 du 22 juill. 2010. Sur cette saisine du C.S.M. par le justiciable, M. LE POGAM, *Le Conseil supérieur de la magistrature, au cœur du défi déontologique*, D., 2010, chron., p. 1581 et s., not. p. 1583.

⁶¹⁵⁷ Sur l'ensemble de ce nouveau dispositif : M. LE POGAM, *Réforme du Conseil supérieur de la magistrature : entre ouverture et autonomie*, J.C.P., 2010, Etude, 982, spéc. n°16 à 24.

⁶¹⁵⁸ Art. 63 de l'ordonnance du 22 déc. 1958, tel que réécrit par l'article 32 de la loi organique n°2010-830 du 22 juill. 2010.

⁶¹⁵⁹ J.-H. ROBERT, *Un pardon malveillant*. A propos de l'avis du CSM du 28 janvier 2014, J.C.P., 2014, 186 (le caractère « délégué » de la démarche du magistrat du parquet faisait défaut selon le Conseil). Dans son rapport 2012, le C.S.M. a souligné, par ailleurs, la stabilisation de la procédure le saisissant sur plaintes des justiciables. Le volume des requêtes est en diminution mais stable, la proportion de plaintes recevables plus importante et les commissions d'admission des requêtes se sont adaptées en assurant des « pratiques innovantes » permettant de faire œuvre pédagogique à l'égard de magistrats, objets de plaintes : A. LEVADE, *Les nouveaux défis de la magistrature*. A propos du rapport 2012 du C.S.M., J.C.P., 2013, 1094.

⁶¹⁶⁰ M. LE POGAM, *Réforme du Conseil supérieur (...)*, *op. cit.*, n°22, qui évoque « une innovation majeure ».

⁶¹⁶¹ Ce délai a été justifié par l'idée « de laisser se dérouler sereinement les mécanismes d'appel et de pourvoi, sans pour autant permettre aux justiciables de laisser planer, pendant des années, à l'encontre des magistrats, la crainte d'une poursuite » : M. LE POGAM, *op. cit.*, n°21. Cette réforme semble diviser les avis quant à son intérêt véritable. Dans ce sens, F. TIBERGHEN, *Quelles perspectives pour la future réforme du CSM ?*, J.C.P., 2014, 860.

⁶¹⁶² Art. 51 de l'ordonnance du 22 déc. 1958, pour les juges ; Art. 63 *in fine* pour les magistrats du parquet.

avant chaque audition⁶¹⁶³. Cité à comparaître devant le conseil de discipline, il demeure tenu de se présenter en personne, mais peut se faire assister, voire représenter en cas de maladie ou d'empêchement justifié⁶¹⁶⁴. Bien entendu, il a droit à la communication de son dossier, de toutes les pièces de l'enquête et du rapport établi par le rapporteur, son conseil pouvant se faire communiquer les mêmes documents⁶¹⁶⁵.

1309. Si la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature retient l'existence d'une faute disciplinaire, la sanction est notifiée au magistrat en la forme administrative⁶¹⁶⁶. Ayant dénoncé l'illégalité d'un ou de plusieurs actes coercitifs, l'auteur de la plainte ne dispose d'aucun recours contre la décision du conseil de discipline⁶¹⁶⁷. Cette règle prévaut sans doute pour éviter tout acharnement à l'endroit d'un magistrat. Dans le silence des textes, ce dernier bénéficie d'un recours devant le Conseil d'Etat, ce qui s'avère original, sinon surprenant⁶¹⁶⁸. Le contrôle de la Haute juridiction se montre « ferme mais prudent »⁶¹⁶⁹. En conclusion, la responsabilité disciplinaire des magistrats tend à être de plus en plus effective : ceci est de bon augure au cas où ils accompliraient des actes coercitifs illégaux. Son organisation, à travers les réformes récentes et celles projetées, y contribue pour une bonne part. Il s'agit, de toute façon, d'une exigence imposée par le droit européen.

B – L'obligation d'une responsabilité disciplinaire effective

1310. Qu'ils soient magistrats ou enquêteurs, les agents de l'Etat qui ordonnent ou exécutent des actes coercitifs arbitraires ne peuvent jamais voir leur responsabilité engagée devant la Cour de Strasbourg. Seule la responsabilité de l'Etat est susceptible d'être mise en œuvre devant cette juridiction⁶¹⁷⁰. Ils seront sanctionnés par l'instance compétente, celle prévue par le droit interne. Les exigences européennes commandent, en tout cas, de les punir. Elles requièrent, non sans raison, l'effectivité de la responsabilité disciplinaire du magistrat (ou de l'O.P.J.) fautif : le droit de faire

⁶¹⁶³ Art. 52 de l'ordonnance du 22 déc. 1958 (juges) ; Art. 63 *in fine*, par renvoi (parquet).

⁶¹⁶⁴ Art. 54 de l'ordonnance du 22 déc. 1958 (juges) ; Art. 64 *in fine*, par renvoi (parquet).

⁶¹⁶⁵ Art. 55 de l'ordonnance du 22 déc. 1958 (juges) ; Art. 64 *in fine*, par renvoi (parquet).

⁶¹⁶⁶ S'agissant des magistrats du parquet, il subsiste une particularité lorsque le garde des Sceaux entend prendre une sanction plus sévère que celle proposée par la formation compétente du Conseil supérieur, il saisit celle-ci de son projet de décision motivée : V. art. 66 de l'ordonnance du 22 déc. 1958.

⁶¹⁶⁷ Art. 58 *in fine* de l'ordonnance du 22 déc. 1958 (juges) ; Art. 66 *in fine* de l'ordonnance de 1958 (parquet).

⁶¹⁶⁸ Ce recours est ouvert depuis : T.C., 27 nov. 1952 (*Préfet de la Guyane*), Rec., p. 642 ; J.C.P., 1953, II, 7598, note G. VEDEL ; CE Ass., 17 avril 1953 (*Falco et Vidailiac*), Rec., p. 175 ; J.C.P., 1953, II, 7598, note G. VEDEL ; D., 1953, jurisp., p. 683, note C. EISENMANN ; CE, 14 mars 1975 (*Sieur Rousseau*), Rec., p. 194 et le renvoi à l'arrêt *Dorly* de 1953. Cette position était inattendue, tant on aurait pu croire à la compétence de la Cour de cassation : V. O. SCHRAMECK, *Le Conseil d'Etat et le régime disciplinaire des magistrats*, Mélanges B. GENEVOIS, Dalloz, 2009, p. 957 et s., spéc. p. 958.

⁶¹⁶⁹ O. SCHRAMECK, *op. cit.*, p. 961. Le Conseil ne règle pas lui-même l'affaire au fond en cas d'annulation. Il s'attache, par ailleurs, à un examen minutieux de la qualification juridique des faits.

⁶¹⁷⁰ Pour ce rappel, J.-P. MARGUENAUD, *La responsabilité des magistrats sous le regard de l'Europe : les apports de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour*, in *La responsabilité des magistrats*, Entretiens d'Aguesseau, P.U.L.I.M., 2008, S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), p. 109 et s., spéc. p. 111.

« “juger son juge” » ne saurait rester purement théorique⁶¹⁷¹. Très attachée à cette effectivité, la Cour européenne des droits de l’homme va même, dans certaines affaires, jusqu’à contrôler les sanctions disciplinaires infligées aux agents de l’Etat en raison de leurs fautes. Certes, les espèces en question ne se rapportent pas toujours à l’acte coercitif constitutif d’une infraction pénale. Il n’en demeure pas moins qu’elles méritent un examen attentif. Leur solution peut être transposée à cette hypothèse, dans la mesure où l’auteur d’un tel acte commet nécessairement une faute disciplinaire lorsqu’il y procède.

1311. Dans l’affaire *Maiorano et autres / Italie* du 15 décembre 2009⁶¹⁷², le juge européen a vérifié l’existence de l’obligation positive d’établir la responsabilité des magistrats impliqués. Mieux, il conclut à sa violation parce que l’avertissement adressé à titre de sanction disciplinaire par le Conseil supérieur de la magistrature aux juges du tribunal d’application des peines de Palerme n’a pas pris en compte un élément essentiel, susceptible d’engendrer une révocation de la semi-liberté d’un condamné⁶¹⁷³. Il a donc jugé que l’action disciplinaire engagée par le ministre de la justice n’a pas entièrement satisfait l’obligation positive de l’Etat d’établir l’éventuelle responsabilité de ses agents. La Cour de Strasbourg est allée « jusqu’à substituer son appréciation de la gravité des faits à celle du Conseil supérieur de la magistrature italien pour juger que les sanctions disciplinaires qu’il avait prononcées n’étaient pas assez sévères pour stigmatiser les carences des autorités, notamment judiciaires, face à des révélations qui auraient dû conduire à la révocation d’une mesure de semi-liberté dont la prolongation devait avoir de si tragiques conséquences » (assassinat de personnes)⁶¹⁷⁴. Sous cet angle, elle pourrait fort bien substituer son appréciation à celle du Conseil supérieur de la magistrature français qui aurait sanctionné un magistrat pour des actes coercitifs arbitraires, notamment si les sanctions prononcées lui apparaissaient dérisoires au regard de la gravité de ces actes.

1312. L’arrêt de Grande chambre rendue dans l’affaire *Gäfgen*⁶¹⁷⁵ illustre également l’obligation de sanctionner de façon effective les auteurs d’actes illégaux. S’agissant de mauvais traitements infligés à une personne placée en garde à vue, l’issue de l’enquête diligentée sur ces faits et les poursuites pénales qu’elle déclenche, y compris la sanction prononcée ainsi que les mesures disciplinaires prises, passent pour déterminantes⁶¹⁷⁶. En l’espèce, les policiers ont été jugés coupables de « contrainte » et « d’incitation à la contrainte », conformément aux dispositions du droit pénal allemand. La manière dont ils ont mené l’interrogatoire de *Magnus Gäfgen* a enfreint l’article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales⁶¹⁷⁷. Or la Cour observe qu’au pénal, ils ont été condamnés « seulement à des amendes très modiques et assorties du sursis, (...) quasiment

⁶¹⁷¹ En ce sens, J.-F. RENUCCI, *Irresponsabilité des magistrats (...), op. cit.*, n°4 à 7, p. 205 à 207.

⁶¹⁷² CEDH, 15 déc. 2009, *Maiorano et autres / Italie*, n°28634/06 ; Rev. sc. crim., 2010, p. 219, obs. J.-P. MARGUENAUD.

⁶¹⁷³ §128 à 132, spéc. §130 de l’arrêt.

⁶¹⁷⁴ J.-P. MARGUENAUD, obs. sur *Maiorano et autres / Italie*, Rev. sc. crim., 2010, p. 219, spéc. p. 224.

⁶¹⁷⁵ CEDH (Gr. ch.), 1^{er} juin 2010, *Gäfgen / Allemagne*, préc.

⁶¹⁷⁶ §121 de l’arrêt *Gäfgen*.

⁶¹⁷⁷ §123 de l’arrêt.

symboliques (...) et manifestement disproportionnées »⁶¹⁷⁸. Les sanctions disciplinaires dont ils ont fait l'objet consistent, elles, en leur mutation à des postes qui n'impliquent plus d'être associés directement à des enquêtes pénales. Mais elles apparaissent de nouveau trop légères, vu que les policiers n'ont pas été « suspendus de leurs fonctions pendant l'instruction ou le procès » ni « démis (de leurs postes) après condamnation »⁶¹⁷⁹. Il y a un autre point sur lequel insiste la Cour, presque choquée par la réaction des autorités allemandes dans cette affaire. Il s'agit de la désignation ultérieure de l'un des policiers condamnés à la tête d'un organe de police. Une telle mutation « amène sérieusement à se demander si la réaction des autorités a bien reflété la gravité que représente une violation de l'article 3 »⁶¹⁸⁰.

1313. Bref, pour la Grande chambre (onze voix contre six), l'Etat défendeur n'a pas suffisamment redressé le traitement contraire à l'article 3 subi par le requérant, celui-ci pouvant toujours se prétendre victime d'une violation de ce texte au sens de l'article 34 de la Convention. La Cour européenne exerce un contrôle approfondi des sanctions pénales et disciplinaires prononcées à l'encontre de l'agent de l'Etat fautif. Afin de garantir des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs, elle s'assure que l'Etat s'acquitte comme il se doit de l'obligation qui lui incombe de protéger les droits des personnes relevant de sa juridiction. Aussi, s'il ne lui appartient pas de statuer sur le degré de culpabilité des personnes en cause ou de déterminer la peine à infliger, fonction revenant aux cours et tribunaux nationaux⁶¹⁸¹, elle conserve sa fonction de contrôle et intervient dans les cas où subsiste une disproportion patente entre la gravité de l'acte et la sanction infligée⁶¹⁸². Il est vrai qu'en l'espèce, les sanctions disciplinaires adoptées (comme les sanctions pénales) s'avéraient par trop clémentes. Celles-ci ne sauraient être purement symboliques : les autorités nationales sont prévenues. Cette exigence européenne est bienvenue. Elle évite l'impunité totale de ceux ayant ordonné ou exécuté des actes coercitifs arbitraires. Elle évite que les organes chargés de les punir ne les « couvre » de manière abusive⁶¹⁸³. Sous peine d'une condamnation européenne, la responsabilité disciplinaire de l'auteur d'une grave illégalité, tel un acte coercitif constitutif d'une infraction pénale, doit pouvoir être engagée et déboucher sur une sanction effective. Voilà une marque de progrès de l'Etat de droit.

⁶¹⁷⁸ §123 et 124 de l'arrêt.

⁶¹⁷⁹ §125 de l'arrêt.

⁶¹⁸⁰ §125 *in fine* de l'arrêt.

⁶¹⁸¹ Dans l'opinion partiellement dissidente du juge CASADEVALL, à laquelle se rallient cinq juges, il est noté (n°6) qu'« il y a de bonnes raisons qui justifient cette retenue judiciaire (de la Cour européenne), à savoir le manque de connaissance du dossier pénal ayant abouti à la condamnation et le fait que les condamnés ne participent pas à la procédure devant la Cour ».

⁶¹⁸² §123 de l'arrêt. « Sinon, le devoir qu'ont les Etats de mener une enquête effective perdrait beaucoup de son sens ».

⁶¹⁸³ Conseil supérieur de la magistrature pour les magistrats ; autorités hiérarchiques, procureur général près la cour d'appel et chambre de l'instruction pour les membres de la police judiciaire.

1314. En ce qu'il dépasse les pouvoirs attribués par le législateur aux autorités répressives, en ce qu'il lèse non seulement des intérêts particuliers, mais aussi l'intérêt général, l'acte coercitif arbitraire constitue un abus d'autorité, une infraction prévue et réprimée par le Code pénal, dont la contestation s'exerce au moyen de poursuites. Il apparaît surprenant que les actes coercitifs illégaux, constitutifs d'atteintes graves à la vie privée, telles les fouilles de véhicules, les sonorisations ou les captations d'images, ne soient pas érigés en abus d'autorité par la loi. Hormis ce cas particulier, les poursuites pénales exercées à l'encontre de l'auteur d'une atteinte à la liberté individuelle, à l'inviolabilité du domicile ou au secret des correspondances s'avèrent assez rares, du moins les condamnations prononcées de ce chef ne sont pas légion⁶¹⁸⁴. Quant à la responsabilité civile, l'Etat supporte en général le coût financier de l'illégalité commise en se substituant à son agent. Il faut donc faire preuve de vigilance, à l'image du juge de Strasbourg, qui veille à l'adéquation des sanctions pénales et disciplinaires infligées par les juridictions internes à la gravité du comportement de la personne dépositaire de l'autorité publique. Ce contrôle rassurant vise à lutter contre l'impunité de ceux qui, investis de la contrainte étatique, en feraient un usage détourné. Chargés d'autoriser ou d'exercer la coercition contre les citoyens, ils doivent toujours agir avec responsabilité et modération, dans le respect de la légalité. Malgré son caractère perfectible, l'unité de sanction des actes arbitraires sous cette qualification d'abus d'autorité atteste, une nouvelle fois, de l'unité de régime de l'acte coercitif.

CONCLUSION DU TITRE II

1315. Essentielle à la protection des libertés individuelles, l'exigence de contestation de l'acte coercitif s'est imposée eu égard aux principes consacrés par les normes constitutionnelles et conventionnelles. Il est normal d'ouvrir un recours contre un acte qui occasionne un grief sérieux. Depuis une décision récente, rendue par le juge constitutionnel⁶¹⁸⁵, cette exigence s'est accrue puisque celui-ci impose qu'un acte portant atteinte aux libertés individuelles fasse, dans tous les cas, l'objet d'un recours, c'est-à-dire même si l'action publique n'est pas engagée ultérieurement. Cette décision fait peser un véritable doute sur la constitutionnalité des textes régissant les actes coercitifs lors de l'enquête de police, mais aussi sur ceux relatifs à l'information judiciaire, « la qualité de juge de l'autorité qui décide d'un acte attentatoire aux droits et libertés fondamentaux ne dispensant pas de la prévision d'une voie de recours contre sa décision »⁶¹⁸⁶. Le recours exercé prend une forme différente

⁶¹⁸⁴ En revanche, les violences et actes de torture exercés contre les suspects à l'occasion d'un acte coercitif (interpellation, arrestation, vérification d'identité, garde à vue...) semblent désormais poursuivis et punis de façon systématique ou presque.

⁶¹⁸⁵ C.C., Q.P.C., 4 avril 2014, n°2014-387, préc.

⁶¹⁸⁶ D. REBUT, Juge constitutionnel. Séisme (...), *op. cit.*

selon le caractère de l'acte coercitif. Il s'agit, à titre principal, d'un appel ou d'une requête en annulation. Devenue presque systématique⁶¹⁸⁷, pareille contestation doit demeurer effective en toute circonstance. Elle ne saurait se contenter d'être « théorique et illusoire » pour reprendre la fameuse expression du juge européen.

1316. Constitutifs d'infractions pénales, les actes coercitifs illégaux, au sens d'arbitraire, méritent d'être dénoncés avec force. *A priori* exceptionnel, l'abus d'autorité doit le rester. Il traduit une violation grave de la loi pénale par les autorités chargées de la faire respecter et d'en assurer l'application. Voilà pourquoi il convient de condamner sévèrement son auteur. Toutefois, cela ne semble pas toujours le cas en droit français. Plus fréquente, l'hypothèse de l'acte coercitif irrégulier ou disproportionné requiert une certaine attention. Il ne faudrait pas que l'acte échappe à l'annulation au motif d'une politique criminelle défavorable au prononcé des nullités. En effet, « le policier peut bien être sanctionné, l'acte irrégulier reste. L'ordre public ou la discipline des armées peuvent s'en trouver satisfaits, l'individu, lui, reste victime de l'abus. De son point de vue, seule l'annulation de l'acte irrégulier (ainsi que, éventuellement, de la procédure consécutive) constitue une véritable protection, “la seule sanction intelligente, capable de moraliser la fonction policière” »⁶¹⁸⁸.

⁶¹⁸⁷ Il subsiste quelques cas dans lesquels aucun recours n'est admis contre l'acte coercitif, comme en matière d'incarcération provisoire. Il subsiste, en outre, le cas du grief indirect, qui concerne l'acte coercitif exécuté à l'égard d'une personne et dont un tiers demande l'annulation. Depuis le revirement de jurisprudence opéré le 14 février 2012, il n'est plus permis d'invoquer l'irrégularité de la garde à vue d'un tiers.

⁶¹⁸⁸ M. MASSE, Protection procédurale contre les abus de la police en droit français, *in* Droits de l'individu et police, Thémis-litec, 1990, p. 243 et s., spéc. p. 246.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

1317. A la notion d'acte coercitif, correspond un régime juridique propre. Celui-ci se révèle autonome puisqu'il transcende les différences de régime perceptibles pour les divers actes coercitifs accomplis en procédure pénale : actes de police judiciaire, d'instruction et de juridiction. Bien sûr la quête d'une uniformité totale du régime applicable à l'acte coercitif se révélera vaine. Elle apparaît utopique compte tenu de ses déclinaisons irréductibles. Mais au-delà des spécificités, se révèlent de grands traits communs auxquels obéissent tous les actes qui composent cette catégorie. Les exigences de légalité et de loyauté, de nécessité et de proportionnalité, de contrôle de l'autorité judiciaire, le respect de la santé et de la dignité du justiciable, le droit à un recours effectif, la répression de toute coercition arbitraire constituent, notamment, les caractéristiques fondamentales de ce régime. Cette autonomie met en exergue son caractère principal : son aspect protecteur. Dès que l'individu est soumis à l'acte coercitif, il doit jouir de garanties effectives. Le meilleur exemple reste celui de la garde à vue. Le placement en garde à vue fait naître des droits, en particulier la notification des droits de se taire et à l'assistance d'un avocat. Or, il est justement possible de regretter « la dissociation trop radicale de la contrainte et des droits de la défense » opérée par la loi du 27 mai 2014, la personne non soupçonnée pouvant être retenue sous contrainte le temps strictement nécessaire à son audition et dans la limite de quatre heures, mais cette audition se déroule sans l'assistance d'un avocat aux termes de l'article 62 du C.P.P.⁶¹⁸⁹. Ce n'est que si des soupçons apparaissent à son encontre, lors de l'audition, que le témoin bénéficiera des droits de la défense, notamment du droit à l'assistance d'un avocat, puisque son placement en garde à vue devient obligatoire dans ce cas pour continuer à le retenir contre son gré⁶¹⁹⁰. Le risque d'un détournement de procédure par les enquêteurs s'avère évident, compte tenu de la porosité des statuts de témoin et de suspect⁶¹⁹¹. Il consisterait à entendre une personne sous la contrainte en qualité de simple témoin, partant sans l'assistance d'un avocat, alors que celle-ci serait en réalité suspectée. Elle pourrait alors contribuer à sa propre accusation⁶¹⁹². Le juge pénal devra donc faire preuve de vigilance et sanctionner le recours à ce subterfuge⁶¹⁹³.

1318. Sans doute était-il indispensable de dissocier l'exécution de l'acte coercitif de l'octroi corrélatif des droits fondamentaux. Accordés en amont, dès l'instant où l'individu se trouve soupçonné

⁶¹⁸⁹ R. OLLARD, Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? A propos de la loi du 27 mai 2014, J.C.P., 2014, Etude, 912, spéc. n°11, proposant, avec raison, une « "ré-association" de la contrainte et des droits de la défense » (n°12).

⁶¹⁹⁰ Art. 62, al. 4 du C.P.P.

⁶¹⁹¹ Sur ce point, R. OLLARD, *op. cit.*, n°15 et s., évoquant l'ambiguïté de l'expression « nécessités de l'enquête » afin de justifier la coercition exercée à l'encontre du témoin.

⁶¹⁹² En ce sens aussi : R. OLLARD, *op. cit.*, n°12 et 15.

⁶¹⁹³ Rapp., S. DETRAZ, note préc. sous Cass. crim., 8 fév. 2012, D., 2012, spéc. p. 725, à propos de l'audition libre avant sa reconnaissance légale. Il s'agit du même raisonnement, puisque l'auteur a prôné la sanction du « subterfuge (une sorte de résidence dolosive) visant, en l'absence de coercition physique, à maintenir un suspect à la disposition des enquêteurs sans le faire bénéficier des garanties, aujourd'hui substantielles, attachées à son statut ».

et sans attendre son placement en garde à vue (dès l'accusation au sens de la Convention), ceux-ci réduisent le risque de voir un suspect participer à sa propre incrimination, situation proscrite par la Cour européenne⁶¹⁹⁴. La consécration du régime de l'audition libre en droit français présente au moins ce mérite⁶¹⁹⁵. Toutefois, « ce n'est pas parce que les soupçons (même sans contrainte) impliquent nécessairement l'application des droits de la défense – domaine de l'article 6 §3 de la Convention – que la contrainte (même sans soupçons, du moins officiels) est exclusive de leur application – domaine de l'article 5 »⁶¹⁹⁶. Il serait préférable, de ce point de vue, d'attribuer les droits de la défense aux personnes soupçonnées ou bien à celles soumises à la coercition, même non suspectées⁶¹⁹⁷. La loi du 27 mai 2014 laisse des regrets à ce sujet, comme sur un autre du reste. Bon nombre de suspects ne jouissent pas de la protection offerte par la directive 2012/13/UE du 22 mai 2012, transposée en droit interne par cette loi, parce qu'ils ne sont pas soumis à une audition ou à une confrontation⁶¹⁹⁸. S'ils subissent des actes coercitifs, tels des contrôles d'identité, fouilles de véhicules, prélèvements biologiques, perquisitions, etc, c'est en raison de la suspicion qui pèse à leur encontre. Les dispositions du Code de procédure pénale se révèlent éloquentes à cet égard. Or, selon l'article 2 §1 de la directive précitée, le droit à l'information intervient « dès le moment où des personnes sont informées par les autorités compétentes d'un Etat membre qu'elles sont soupçonnées d'avoir commis une infraction pénale (...) ». Assujettis à la coercition prévue par le législateur, ces suspects devraient bénéficier des droits reconnus par la directive⁶¹⁹⁹. La transposition de celle-ci demeure donc incomplète et donnera sans doute lieu à contentieux : la loi a omis beaucoup d'actes coercitifs qui s'expliquent par la suspicion⁶²⁰⁰. Il est peut-être enfin temps de repenser le procès pénal à l'aune de la notion de procès équitable. Ceci supposerait d'aligner les garanties offertes aux suspects sur celles accordées aux mis en examen⁶²⁰¹. Cet alignement des deux procédures profiterait au suspect dont les droits de la défense sortiraient renforcés⁶²⁰². En tous les cas, le mouvement dans le sens d'un affermissement des droits fondamentaux de celui qui subit un acte coercitif apparaît irréversible. L'élévation constante des exigences conventionnelles dont le juge pénal assure l'application au quotidien⁶²⁰³, l'obligation de transposer en droit interne les directives européennes et la possibilité de soulever des questions prioritaires de constitutionnalité conduisent à encadrer la coercition de manière croissante. Ces progrès dans la sauvegarde libertés individuelles sont appréciables.

⁶¹⁹⁴ CEDH, 27 oct. 2011, *Stojkovic / France et Belgique*, préc.

⁶¹⁹⁵ Il faut se souvenir que juste avant sa création par la loi du 27 mai 2014, la chambre criminelle a considéré « qu'aucune disposition légale ou conventionnelle n'exige qu'une personne qui n'est pas maintenue à la disposition des enquêteurs sous la contrainte bénéficie de l'assistance d'un avocat lors de son audition » (Cass. crim., 27 nov. 2013, Inédit, n°12-87515, préc.).

⁶¹⁹⁶ R. OLLARD, *op. cit.*, n°13.

⁶¹⁹⁷ R. OLLARD, *op. cit.*, n°14, sur le double critère alternatif des droits de la défense : la nécessité de se défendre contre une accusation et celle de pouvoir contester utilement une mesure privative de liberté.

⁶¹⁹⁸ E. VERGES, Le statut juridique du suspect (...), *op. cit.*, n°15.

⁶¹⁹⁹ *Ibid.*

⁶²⁰⁰ *Ibid.*

⁶²⁰¹ V. J. ALIX, Les droits de la défense (...), *op. cit.*, n°32, p. 1707.

⁶²⁰² L'avocat du suspect aura accès au dossier complet de son client, comme c'est le cas pour le conseil du mis en examen.

⁶²⁰³ Sur ce point, V. LAMANDA, Le juge judiciaire, juge naturel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, in *La conscience des droits*, Mélanges J.-P. COSTA, Dalloz, 2011, p. 363 et s., spéc. p. 370.

CONCLUSION GENERALE

1319. Mal discernée par les juristes, la notion d'acte coercitif correspond sans doute à un « concept émergent » : elle existe bien en procédure pénale et obéit à un régime juridique autonome⁶²⁰⁴. Elle transcende les qualifications traditionnelles et dispose d'un régime protecteur au bénéfice de la personne suspectée ou poursuivie. Prenant la forme d'un acte de police judiciaire, d'instruction ou de juridiction, son critère essentiel consiste dans la spécificité de son grief, une atteinte à certaines libertés individuelles. A titre principal, il s'agit de la sûreté personnelle, la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile, le secret des correspondances et le respect de la vie privée. Cette brève énumération des libertés susceptibles d'être entamées conduit à un constat. Ce qui frappe, c'est l'évolution considérable de la procédure pénale française depuis vingt ans. De nombreux actes coercitifs sont apparus durant cette période. En témoignent la rétention pendant perquisition, le mandat de recherche, le mandat d'arrêt européen, le prélèvement d'ADN, la sonorisation et fixation d'images, la captation des données informatiques, les saisies patrimoniales⁶²⁰⁵... La coercition s'intensifie donc au sein de cette procédure. Or, ce phénomène mérite une vigilance accrue⁶²⁰⁶. Comme il l'a été précisé, il faut « prendre garde à ne pas créer de nouveaux besoins coercitifs destinés à se substituer aux mesures coercitives anciennes au prétexte que celles-ci seraient devenues inefficaces. Tel est certainement l'un des enjeux de l'évolution législative dans les années futures »⁶²⁰⁷. En parallèle, le législateur a veillé à ce que ces actes coercitifs soient suffisamment encadrés et contrôlés.

1320. Mais ce contrôle, qui incombe en règle générale au parquet, parfois au juge des libertés et de la détention, soulève des difficultés. Du point de vue des moyens de la justice, la France se situe très en dessous de la moyenne européenne. En 2010, elle comptait trois magistrats du parquet pour 100 000 habitants, là où la Norvège, pays disposant de l'effectif le plus important, en recensait 15, 4⁶²⁰⁸. Le

⁶²⁰⁴ Sur les « concepts émergents » et le rôle de la recherche juridique à ce sujet : J.-L. BERGEL, Regard sur la recherche en droit, *in* L'homme et le droit, En hommage au Professeur Jean-François FLAUSS, Pedone, 2014, p. 53 et s., spéc. p. 61 à 64.

⁶²⁰⁵ Dans son rapport annuel 2013, publié le 16 mai 2014, l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC) relève que depuis sa création en 2011, 57000 biens valorisés à plus d'un milliard d'euros lui ont été confiés. 450 millions d'euros sont saisis chaque année, soit 1,7 millions par jour. Formulant des recommandations afin d'améliorer la saisie et la confiscation des avoirs criminels, ce rapport préconise, entre autres, de créer un registre spécial des inscriptions de saisies pénales de fonds de commerce, de parts sociales et de valeurs mobilières. Pareil registre permettrait d'améliorer l'information des tiers et de centraliser toutes les inscriptions de saisies de manière à fournir une vision nationale et statistique en la matière. V. C. CUTAJAR, L'AGRASC publie son rapport 2013, J.C.P., 2014, 614. *Adde*, J.-F. THONY, E. CAMOUS, Gel, saisie et confiscation des avoirs criminels (...), *op. cit.*, p. 214 et 215.

⁶²⁰⁶ En ce sens aussi : C. COPAIN, L'encadrement de la contrainte (...), *op. cit.*, n°223. V. aussi, le projet de résolution rédigé par les participants au colloque de la Section 3 du XIX^{ème} Congrès international de droit pénal tenu à Antalya les 24-27 septembre 2013 (« société de l'information et droit pénal »), R.I.D.P., 2014, p. 195 et s.

⁶²⁰⁷ D. GUERIN, L'évolution de la notion juridique de garde à vue, R.P.D.P., 2000, p. 16 et s., spéc. p. 23.

⁶²⁰⁸ V. J.-P. DINTILHAC, Le contrôle du parquet (...), *op. cit.*, p. 40, s'appuyant sur le rapport 2010 de la CEPEJ. A l'heure où le dixième budget de la justice sous le régime de la loi organique relative aux lois de finances n°2001-692 du 1^{er} août 2001, dite « LOLF », est en cours de préparation, il est indiqué que le bilan de ce dispositif budgétaire pour la justice « n'est

rapport NADAL précité, « refonder le ministère public », propose d'adapter les effectifs des parquets pour tenir compte de l'importance et de la diversité de leurs missions⁶²⁰⁹. Car avec un tel manque de magistrats, comment exercer en pratique un contrôle effectif sur tous les actes coercitifs accomplis par les O.P.J. ? L'accumulation des dossiers prive le ministère public du temps nécessaire à un examen approfondi pour chaque affaire. Ses membres n'ont d'autre choix que de procéder à des vérifications rapides et sommaires, ce qui s'accorde mal avec un contrôle de qualité⁶²¹⁰. Du point de vue de son statut, le parquet pose encore problème, car celui-ci ne répond pas aux standards européens. Selon les juges de Strasbourg, 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 »⁶²¹¹. Et d'ajouter que « du fait de leur statut (...), les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui (...) compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de "magistrat" au sens de l'article 5 §3 »⁶²¹². Or le parquet continue de contrôler les quarante-huit premières heures de garde à vue lors des enquêtes de police⁶²¹³. Il est donc regrettable qu'une réforme de son statut n'ait pas été opérée au moment de la réforme de cet acte coercitif par la loi du 14 avril 2011⁶²¹⁴. L'examen de cet acte coercitif forme « la partie la plus visible d'un problème beaucoup plus vaste d'implication du ministère public dans les mesures privatives de liberté durant l'enquête »⁶²¹⁵. A supposer que l'indépendance soit octroyée un jour au parquet, sa compétence pour contrôler cet acte continuera à être contestée sur le terrain de l'impartialité, la Cour européenne refusant que l'autorité érigée en gardien des libertés individuelles pendant l'enquête puisse être partie poursuivante dans la procédure ultérieure⁶²¹⁶. Il serait alors préférable de laisser au juge des libertés et de la détention le soin de contrôler les mesures de garde à vue au stade policier⁶²¹⁷.

pas satisfaisant » et que « la qualité de la justice est le parent pauvre de la LOLF » : B. STEINMANN, Budget de la justice : 10^{ème} préparation sous le régime de la LOLF, D., 2014, entretien, p. 1488.

⁶²⁰⁹ Proposition n°12. Le rapport prévoit alors de confier à des « assistants du ministère public », fonction nouvellement créée, une partie des attributions des magistrats du parquet (proposition n°13, p. 24 et s.)

⁶²¹⁰ Rapp., J.-P. DINTILHAC, *op. cit.*, p. 38. On a également souligné le caractère « trop souvent formel » du contrôle de l'acte coercitif, en particulier de la garde à vue : « quelle est la qualité du contrôle lorsque l'information du placement en garde à vue se limite à l'envoi d'une télécopie nuitamment » ? : B. REBSTOCK, *L'évolution (...)*, *op. cit.*, p. 34. Le même raisonnement peut être suivi pour le juge des libertés et de la détention, avec cette spécificité qu'il n'a pas de recul sur la procédure. V. J. LEBLOIS-HAPPE, *Police et justice (...)*, *op. cit.*, p. 132 : « Comment pourrait-il (le juge des libertés et de la détention), alors qu'il n'a aucune vue d'ensemble des investigations, s'opposer à une demande des enquêteurs, relayée par le parquet, en vue de la réalisation de perquisitions nocturnes (...) » ?

⁶²¹¹ CEDH, 10 juill. 2008, *Medvedyev et autres / France*, préc., §61.

⁶²¹² CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin / France*, préc., §57.

⁶²¹³ Même si la Cour européenne a affirmé que « l'intervention d'un membre du ministère public au début et pendant le déroulement de la garde à vue ne soulève pas, en soi, de difficulté, pourvu que la personne gardée à vue soit ensuite présentée à un "juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires" dans un délai conforme aux exigences de l'article 5 §3 » : CEDH, 27 juin 2013, *Vassiss et autres / France*, préc., §53.

⁶²¹⁴ En ce sens aussi : D. ROETS, V. TELLIER-CAYROL, *La loi du 14 avril 2011 (...)*, *op. cit.*, p. 6.

⁶²¹⁵ E. VERGES, *Politique pénale et action publique (...)*, *op. cit.*, p. 614.

⁶²¹⁶ Sur ce point : E. VERGES, *op. cit.*, p. 614 et 615. Pour une position différente : M. ROBERT, *op. cit.*, p. 29 et s.

⁶²¹⁷ La doctrine le propose également de façon récurrente. V. par ex., D. ROETS, V. TELLIER-CAYROL, *op. cit.*, p. 9. Plus généralement sur l'indépendance du parquet et la solution proposée à l'égard des actes coercitifs : C. COPAIN, *op. cit.*, n°250 et s., et spéc. n°286.

1321. Rendre le parquet indépendant s'avère néanmoins souhaitable compte tenu de sa fonction cardinale en procédure pénale. Cette évolution s'opérera sans doute ces prochaines années. Son rôle apparaît de plus en plus important, en particulier à propos des actes coercitifs, eu égard au déplacement du centre de gravité du procès pénal. Celui-ci se joue désormais la plupart du temps au cours de l'enquête de police, à titre essentiel au moment de la garde à vue⁶²¹⁸, et non lors de l'information ou devant la juridiction de jugement⁶²¹⁹. Devenue le centre de gravité du procès, l'enquête pénale se voit assortie des garanties du procès équitable. Le gardé à vue reçoit notification de son droit au silence et à l'assistance d'un avocat lors de ses auditions en raison du risque élevé de formuler des déclarations auto-incriminatrices déterminantes de l'issue de la procédure⁶²²⁰. Cette élévation des droits de la défense en matière de garde à vue (et de retenue douanière) se révèle heureuse et doit être étendue aux perquisitions dont il faut espérer qu'elles seront bientôt « taisantes »⁶²²¹, sauf si le suspect bénéficie de l'assistance d'un conseil⁶²²². De telles garanties doivent s'appliquer que l'enquête soit menée en la forme préliminaire ou en flagrance, la première empruntant toujours davantage à la seconde. Dans l'optique de simplifier la procédure pénale, il ne subsistera peut-être qu'un seul cadre d'enquête à terme, comme l'appelle de ses vœux une partie de la doctrine⁶²²³.

1322. Quoi qu'il en soit, l'influence de l'Europe sur la justice pénale se montre croissante et ce mouvement semble irréversible⁶²²⁴. Les exigences européennes vont encadrer de plus en plus strictement le régime de l'acte coercitif, tel qu'il a été dégagé. Ceci s'observe déjà depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. L'article 82 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) fonde celle-ci à établir, au moyen de directives, des règles minimales dans le domaine de la procédure pénale. La feuille de route adoptée par le Conseil le 30 novembre 2009, intégrée au

⁶²¹⁸ C.C., Q.P.C., 30 juill. 2010, n°2010-14/22, préc., cons. 16 : « (...) la garde à vue est ainsi souvent devenue la phase principale de constitution du dossier de la procédure en vue du jugement de la personne mise en cause » ; B. REBSTOCK, *op. cit.*, p. 21 et 32, pour qui « c'est dans ce temps ou au terme de ce temps procédural (la garde à vue) que le sort judiciaire du suspect se noue (...) ».

⁶²¹⁹ F. FOURMENT, L'évolution du procès pénal, in *Problèmes actuels de sciences criminelles*, t. XXIV, P.U.A.M., 2013, p. 85 et s., spéc. n°8, p. 88.

⁶²²⁰ F. FOURMENT, *op. cit.*, n°8, p. 88 et 89, s'appuyant sur la jurisprudence *Salduz* du 27 novembre 2008. V. CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco / France*, préc., §45.

⁶²²¹ Cass. crim., 3 avril 2013, Bull. crim., n°74, préc. ; Cass. crim., 22 oct. 2013, Bull. crim., n°196, préc. Sur la question : F. FOURMENT, La perquisition « taisante », *op. cit.*, p. 23, soulignant avec justesse que « la solution (jurisprudentielle) est critiquable, puisque la perquisition justifie une privation de liberté et que la distance entre la présentation d'une pièce à conviction pour reconnaissance ou fourniture de renseignement et l'audition sur les faits est parfois courte... ».

⁶²²² La doctrine pénale majoritaire semble, à juste titre, favorable à l'extension du droit à l'assistance par un avocat lors des perquisitions et saisies : V. par ex., J. LEROY, Garde à vue : le droit (...), *op. cit.*, p. 19. Pourtant, la mission BEAUME ne prévoit pas une telle assistance comme il l'a été signalé.

⁶²²³ B. DE LAMY, obs. préc. sur C.C., Q.P.C., 6 avril 2012 ; C.C., Q.P.C., 18 juin 2012 et C.C., Q.P.C., 21 sept. 2012, Rev. sc. crim., 2013, chron., p. 441 et s., spéc. p. 442.

⁶²²⁴ A ce sujet, J. LEBLOIS-HAPPE, Manifeste pour une procédure pénale européenne, A.J. pénal, 2014, p. 6 et s., spéc. point 3, p. 7, sur la légalité de la procédure européenne ; S. CIMAMONTI, J.-B. PERRIER, Perspectives européennes (...), *op. cit.*, n°1, p. 139 et n°4 et s., p. 140 et s. ; E. RUBI-CAVAGNA, La politique législative (...), *op. cit.*, p. 290 à 292 (droits des personnes suspectées ou poursuivies) ; F. DEBOVE, F. FALLETTI, E. DUPIC, Précis de droit pénal et de procédure pénale, P.U.F., Major, 5^{ème} éd., 2013, p. 636 et s.

programme de Stockholm⁶²²⁵, joue un rôle fondamental à ce titre. Sont transposées des exigences nouvelles qui concernent la victime⁶²²⁶, mais surtout la personne suspectée ou poursuivie⁶²²⁷. En renforçant, par exemple, son droit à l'interprétation et à la traduction, à l'information, d'accès à un avocat⁶²²⁸, ces différentes directives contribuent à asseoir les garanties offertes à ladite personne soumise aux actes coercitifs tout en harmonisant les procédures pénales d'Europe. Elles puisent leur inspiration à Strasbourg : l'Union européenne a adhéré à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁶²²⁹. Ainsi « la Convention européenne des droits de l'homme stipule, la Cour européenne dispose, les directives de l'Union européenne et la loi française transposent »⁶²³⁰.

1323. La prolifération de nouvelles directives européennes signifie des évolutions à venir. Les directives précitées 2014/42/UE du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne, d'une part, et 2014/41/UE du même jour relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale, d'autre part, vont apporter quelques modifications aux actes coercitifs. A court terme, l'évolution viendra néanmoins du droit interne. Un projet de loi portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne a été présenté par la garde des Sceaux en conseil des ministres le 23 avril 2014 et déposé au Sénat⁶²³¹. Ce projet de loi transpose trois décisions-cadres en droit français : la décision-cadre du 30 novembre 2009, qui tend à prévenir et à régler les conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales ; celle du 27 novembre 2008 relative à la reconnaissance mutuelle des jugements et des décisions de probation a pour objet d'appliquer le principe de reconnaissance mutuelle au suivi et à l'exécution des peines comportant des mesures de probation ou le respect de certaines obligations particulières (se soumettre à des soins, éviter tout contact avec des personnes...) en permettant leur transfert à l'Etat membre de résidence habituelle du condamné ; enfin, la décision-cadre du 23 octobre 2009, la seule

⁶²²⁵ J.O.U.E. C 115 du 4 mai 2010, p 1 (« une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens »).

⁶²²⁶ Directive 2012/29/UE du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil (J.O.U.E. L 315 du 14 nov. 2012, p. 57 ; E. VERGES, Un *corpus juris* des droits des victimes : le droit européen entre synthèse et innovations. A propos de la directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité, Rev. sc. crim., 2013, p. 121 et s.).

⁶²²⁷ Par ex., Directive 2010/64/UE du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, préc., transposée par la loi du 5 août 2013, notamment à l'article préliminaire, III, du Code de procédure pénale ; Directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, préc., transposée par la loi n°2014-535 du 27 mai 2014.

⁶²²⁸ Directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires, préc. Il a toutefois été indiqué qu' « il ne faut pas en attendre des réponses à toutes les questions susceptibles de se poser puisque, par exemple, la directive ne comporte formellement aucune disposition sur l'accès de l'avocat au dossier » : S. CIMAMONTI, J.-B. PERRIER, *op. cit.*, n°30, p. 159 et 160. V. aussi, C. NOURISSAT, Sur la directive (...), *op. cit.*, p. 109, émettant néanmoins une réserve, à savoir lire cette directive à l'aune de celle 2012/13/UE du 22 mai 2012.

⁶²²⁹ Art. 6 §2 du TUE. A ce sujet, B. CONFORTI, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, in *L'Europe des droits fondamentaux*, Mélanges en hommage à A. WEITZEL, Pedone, 2013, p. 21 et s.

⁶²³⁰ F. FOURMENT, Onde pure ou cascade ?, Gaz. pal., 11-13 mai 2014, n°131 à 133, p. 3.

⁶²³¹ Sénat, projet de loi du 23 avril 2014, n°482 ; D., 2014, p. 931 ; J.C.P., 2014, 534.

qui intéresse véritablement l'acte coercitif, porte sur la reconnaissance mutuelle des décisions relatives à des mesures de contrôle en tant qu'alternative à la détention provisoire. Elle permet à une autorité judiciaire française d'ordonner le placement d'une personne sous contrôle judiciaire dans un autre Etat membre de l'Union européenne et de faire surveiller le respect des obligations ordonnées par les autorités compétentes de l'Etat où la personne résidera. De façon réciproque, les obligations ordonnées par l'autorité compétente d'un autre Etat membre pourront être surveillées en France. Il s'agit de réduire, au sein de l'Union européenne, le nombre de détentions provisoires concernant des personnes qui ne résident pas dans l'Etat où la procédure est conduite.

1324. En outre, tant le rapport remis au garde des Sceaux le 28 novembre 2013, intitulé « refonder le ministère public », que l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme rendu le 29 avril 2014⁶²³², prônent une réforme profonde des dispositions du Code de procédure pénale relatives à l'enquête. Si leurs préconisations devaient être suivies, l'enquête pénale connaîtrait une refondation complète. Le rapport NADAL a jugé « urgent qu'à la faveur notamment de l'évolution du statut constitutionnel du parquet, soit mise sur pied une commission chargée de formuler des propositions pour une refonte d'ensemble de la procédure pénale qui soit fondée sur des concepts clairement exprimés, qui prenne en compte les exigences les plus récentes résultant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et qui anticipe l'institution attendue d'un parquet européen »⁶²³³. Et ce rapport de proposer que, dans les enquêtes préliminaires d'une certaine durée (au moins un an à compter du premier procès-verbal), le procureur de la République ne puisse décider du renvoi en jugement de l'auteur présumé qu'après l'avoir mis en mesure de formuler des observations sur une éventuelle poursuite ou de solliciter la réalisation d'actes complémentaires. Mais ce ne serait qu'au cas où le membre du ministère public envisagerait d'engager des poursuites, donc une fois l'enquête clôturée, qu'il autoriserait le mis en cause ou son avocat à prendre connaissance des pièces de la procédure⁶²³⁴. En revanche, lors de son défèrement devant le magistrat du parquet, le suspect pourrait être assisté d'un avocat afin d'inciter ce magistrat à reconsidérer l'orientation de la procédure⁶²³⁵. La loi n°2014-535 du 27 mai 2014 a pris en compte cette dernière proposition, puisque le contradictoire s'est renforcé au moment du défèrement, même si ce renforcement se montre insuffisant⁶²³⁶.

1325. La Commission nationale consultative des droits de l'homme constate, pour sa part, que « l'enquête pénale, contrairement à l'instruction, souffre d'un réel déficit en termes de respect du

⁶²³² CNCDDH, avis du 29 avril 2014 sur la refondation de l'enquête pénale, J.O. du 10 mai 2014, texte n°84 ; J.-Y. MARECHAL, Les droits de la défense durant l'enquête de police. A propos de l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme du 29 avril 2014, J.C.P., 2014, 605.

⁶²³³ Rapport de la commission de modernisation de l'action publique, 28 nov. 2013, proposition n°46 *in fine*, p. 82.

⁶²³⁴ Rapport préc., proposition n°47, p. 82 et s. : « Introduire une phase de contradictoire à l'issue des enquêtes longues ».

⁶²³⁵ Rapport préc., proposition n°48, p. 82 et s. : « Généraliser l'assistance par un avocat au moment du défèrement ».

⁶²³⁶ V. *supra*, n°833. Estimant également cette évolution incomplète, R. OLLARD, *op. cit.*, n°24.

principe du contradictoire et des droits de la défense, auquel il doit être impérativement remédié en raison notamment des exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme, au regard des articles 5 et 6 de la C.E.S.D.H. »⁶²³⁷. Selon elle, réformer l'enquête s'avère inséparable d'une refonte totale du Code de procédure pénale et d'examiner différentes questions, comme la réforme du statut du ministère public, la juridictionnalisation de l'enquête pénale, la refonte du statut de la police judiciaire, la restriction des pouvoirs exorbitants de droit commun de la police judiciaire, enfin la modernisation du déroulement de l'enquête pénale⁶²³⁸. S'agissant des actes diligentés, une nouvelle répartition des compétences verrait le jour. Le parquet serait compétent pour diriger et contrôler les investigations menées par les enquêteurs et pourrait leur ordonner d'exécuter les actes ne constituant pas « une atteinte disproportionnée à des droits et libertés fondamentaux » : communication de documents non couverts par un secret prévu par la loi, placement initial en garde à vue, transport sur les lieux, relevé signalétique, séance d'identification de suspects, audition d'un témoin, prélèvements sur les lieux d'une infraction, expertises techniques et scientifiques, vérifications diverses⁶²³⁹. En revanche, les actes portant « une atteinte grave aux droits et libertés fondamentaux, comme la prolongation de la garde à vue, les expertises techniques ou scientifiques impliquant un prélèvement sur une personne ou une intrusion corporelle, les perquisitions et saisies de biens, la géolocalisation, devraient être autorisés par « le juge des libertés » sur demande du ministère public⁶²⁴⁰. Hormis le placement initial en garde à vue qui demeure un acte coercitif, cette classification correspond en réalité à distinguer les actes coercitifs des actes non coercitifs, distinction dont on mesure une nouvelle fois l'importance et l'intérêt. Celle-ci se trouve d'ailleurs reprise lorsque la Commission propose de restreindre les pouvoirs des enquêteurs. Hostile aux régimes d'exception, tels que celui applicable à la criminalité et la délinquance organisée, la Commission estime nécessaire d'opérer une distinction selon la nature des actes d'investigation : les actes pas ou peu coercitifs, dont disposeraient les enquêteurs sous le contrôle du parquet, et les actes coercitifs qui nécessiteraient l'intervention du juge, mais sans paralyser l'action des O.P.J., ce qui exigerait une réécriture de l'article 53 du C.P.P.⁶²⁴¹

1326. De toute façon, le recul actuel du « juge-enquêteur » laisse augurer la probable suppression du juge d'instruction à moyen terme. Celui-ci pourrait céder la place à un « juge-contrôleur », chargé de vérifier les actes coercitifs accomplis par la police judiciaire sous la direction d'un parquet indépendant, autrement dit de garantir la légalité de la procédure et de protéger les libertés

⁶²³⁷ CNCDH, avis du 29 avril 2014, préc., §5.

⁶²³⁸ CNCDH, avis du 29 avril 2014, préc., §6.

⁶²³⁹ CNCDH, avis du 29 avril 2014, préc., §14.

⁶²⁴⁰ CNCDH, avis du 29 avril 2014, préc., §15 et 20. Le juge des libertés aurait ainsi deux fonctions principales : autoriser et contrôler les mesures portant gravement atteinte aux droits et libertés fondamentaux, d'une part, contrôler la régularité de la procédure d'enquête, d'autre part (§19 à 23)

⁶²⁴¹ CNCDH, avis du 29 avril 2014, préc., §27 et s. Pour davantage de précisions : J.-Y. MARECHAL, *op. cit.*, not. 2°. Pour un rejet des propositions de la CNCDH : J. PRADEL, L'enquête pénale aujourd'hui. Vers une stabilisation dans l'équilibre ?, *op. cit.*, n°6, p. 1648 et 1649 et n°14, p. 1652 et 1653, évoquant un « avis dangereux » et « des propositions peu réalistes ».

individuelles⁶²⁴². Prévoyant le maintien du magistrat instructeur, la mission BEAUME esquisse cette idée dans son rapport, puisque le parquet – devenu indépendant, préalable indispensable à toute réforme – devrait continuer à diriger la police judiciaire et à « garantir la conduite impartiale de l'enquête à charge et à décharge »⁶²⁴³. Celui-ci devrait « se repositionner dans un rôle de contrôle de la légalité, de la proportionnalité, de la nécessité de la qualité de l'enquête » pour constituer « le premier niveau de protection des droits fondamentaux » durant celle-ci⁶²⁴⁴. A cette fin, il serait privé du droit d'accomplir lui-même les actes de l'enquête et ne se verrait confier que « des pouvoirs de contrôle sur les atteintes et restrictions induites par les investigations », en clair sur les actes coercitifs⁶²⁴⁵. Dans ce système, le juge des libertés et de la détention constituerait le « gardien naturel “de second niveau” de la liberté individuelle ou de la vie privée susceptibles d'être compromises par une enquête ». Il ne devrait « intervenir “que” pour garantir la légalité et la proportionnalité » de l'acte attentatoire à la liberté ou à la vie privée⁶²⁴⁶. *A priori* séduisantes, les propositions formulées déçoivent en ce que le rapport ne prévoit même pas de soustraire le contrôle de la garde à vue à la compétence du parquet pour le confier au juge des libertés et de la détention⁶²⁴⁷.

1327. Il n'y a, semble-t-il, qu'en instaurant ce fameux « juge-contrôleur », voire « un juge de l'enquête » pouvant intervenir dès le début de l'enquête pénale et suivre le dossier jusqu'à la clôture de celle-ci⁶²⁴⁸, que les libertés individuelles seront mieux protégées. Cette juridictionnalisation de l'enquête⁶²⁴⁹, avec introduction du contradictoire dans cette phase capitale de la procédure, offrira des garanties plus effectives aux justiciables subissant des actes coercitifs. Elle paraît inéluctable compte tenu de la jurisprudence européenne récente, qui, en matière de perquisition le requiert⁶²⁵⁰. Elle évitera aussi de fragmenter les réformes et permettra de légiférer autrement pour rendre le Code de procédure pénale davantage lisible et accessible, en dégagant de façon beaucoup plus claire la catégorie et le régime des actes coercitifs⁶²⁵¹. Envisager une telle réforme de la procédure pénale suscite l'enthousiasme : celle-ci s'avère souhaitable de ce point de vue. Finalement, elle reflète l'idée selon laquelle la tâche des juristes est à la fois passionnante et décevante, car le droit est « sans cesse à reconstruire. Traduisant la vie, il en suit les transformations. Aussi, les compartiments qu'il établit ne sont jamais étanches ni définitifs »⁶²⁵².

⁶²⁴² Sur la question : J. LEBLOIS-HAPPE, *Police et justice – quels rapports ?*, *op. cit.*, p. 129 et s.

⁶²⁴³ Rapport préc., p. 30.

⁶²⁴⁴ *Ibid.*

⁶²⁴⁵ Rapport préc., p. 29.

⁶²⁴⁶ Rapport préc., p. 32.

⁶²⁴⁷ V. en ce sens aussi : H. MATSOPOULOU, *Une nouvelle réforme de la procédure pénale ? (...)*, *op. cit.*, au 2° *in fine*.

⁶²⁴⁸ Sur cette proposition : H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, spéc. le 5°.

⁶²⁴⁹ V. P. LE MONNIER DE GOUVILLE, *Quel juge pour l'enquête ?*, in *La juridictionnalisation de l'enquête pénale*, Actes du colloque de Bordeaux, 30 avril 2014, O. DECIMA (dir.), Cujas, Actes et études, 2014, à paraître.

⁶²⁵⁰ CEDH, 15 oct. 2013, *Gutsanovi / Bulgarie*, préc.

⁶²⁵¹ Pour la dénonciation de la méthode législative : S. PELLE, *Garde à vue (...)*, *op. cit.*, n°20, p. 1513 ; E. VERGES, *Le statut juridique du suspect (...)*, *op. cit.*, n°11 et s.

⁶²⁵² R. SAVATIER, *Droit privé et droit public*, D., 1946, chron., p. 25 et s., spéc. p. 25.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX, TRAITES, MANUELS

- AMBROISE-CASTEROT (C.), BONFILS (P.),** Procédure pénale, P.U.F., Thémis droit, 2011.
- ATIAS (C.),** Epistémologie juridique, Dalloz, Précis, 1^{ère} éd., 2002.
- AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.),** Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Sirey-Dalloz, Université, 14^{ème} éd., 2012.
- AUBY (J.-M.), DRAGO (R.),**
- Traité de contentieux administratif, t. II, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 1984.
 - Traité des recours en matière administrative, Litec, 1992.
- BEIGNIER (B.), BLERY (C.),** avec la collaboration de THOMAT-RAYNAUD (A.-L.), Introduction au droit, Montchrestien-Lextenso, 3^{ème} éd., 2011.
- BEIGNIER (B.), DE LAMY (B.), DREYER (E.) (dir.),** Traité de droit de la presse et des médias, Litec, 2009.
- BEKAERT (H.),** Introduction à l'étude du droit, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} éd., 1965.
- BERGEL (J.-L.),**
- Théorie générale du droit, Dalloz, Méthodes du droit, 5^{ème} éd., 2012.
 - Méthodologie juridique, P.U.F., Thémis, Droit privé, 2001.
- BERR (C. J.), TREMEAU (H.),** Le droit douanier, Economica, 7^{ème} éd., 2006.
- BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.),** Droit des mineurs, Dalloz, Précis, 2^{ème} éd., 2014.
- BONNARD (R.),** Précis de droit administratif, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1943.
- BONNECASE (J.),** Introduction à l'étude du droit, Sirey, 3^{ème} éd., 1939.
- BOULOC (B.),**
- Procédure pénale, Dalloz, Précis, 24^{ème} éd., 2014.
 - Droit pénal général, Dalloz, Précis, 23^{ème} éd., 2013.
- BRAIBANT (G.), STIRN (B.),** Le droit administratif français, Presses de sciences po-Dalloz, Amphi, 7^{ème} éd., 2005.
- BRENNER (C.),** Procédures civiles d'exécution, Dalloz, Cours, 7^{ème} éd., 2013.
- BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.),** Droit civil. Introduction, biens, personnes, famille, Sirey-Dalloz, Université, 18^{ème} éd., 2013.
- BURDEAU (G.),**
- Traité de science politique, t. II, L'Etat, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 1980.
 - Les libertés publiques, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1972.
- CADIET (L.), JEULAND (E.),** Droit judiciaire privé, LexisNexis, Manuel, 8^{ème} éd., 2013.
- CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI-MEKKI (S.),** Théorie générale du procès, P.U.F., Thémis droit, 2^{ème} éd., 2013.
- CARBONNIER (J.),**
- Droit civil, t. 1, P.U.F., Quadriga, 2004.
 - Sociologie juridique, P.U.F., Quadriga, 2^{ème} éd., 2004.
- CERE (J.-P.),** Droit disciplinaire en prison, Traité de sciences criminelles, L'Harmattan, 2001.
- CHAPUS (R.),** Droit du contentieux administratif, Montchrestien, Domat droit public, 13^{ème} éd., 2008.
- CONTE (P.),** Droit pénal spécial, LexisNexis, Manuel, 4^{ème} éd., 2013.
- CONTE (P.), P. MAISTRE DU CHAMBON (P.),**
- Procédure pénale, Armand Colin, 4^{ème} éd., 2002.
 - Droit pénal général, Armand Colin, 7^{ème} éd., 2004.
- CORNU (G.),**
- Droit civil. Introduction au droit, Montchrestien, Domat droit privé, 13^{ème} éd., 2007.
 - Vocabulaire juridique, Association H. CAPITANT, P.U.F., Quadriga, 10^{ème} éd., 2014.

- Linguistique juridique, Montchrestien, Domat droit privé, 3^{ème} éd., 2005.
- CORNU (G.), FOYER (J.),** Procédure civile, P.U.F., Thémis droit privé, 3^{ème} éd., 1996.
- COUCHEZ (G.), LAGARDE (X.),** Procédure civile, Sirey-Dalloz, Université, 17^{ème} éd., 2014.
- COUCHEZ (G.), LEBEAU (D.),** Voies d'exécution, Sirey-Dalloz, Université, 11^{ème} éd., 2013.
- DABIN (J.),**
 - Théorie générale du droit, Bruylant, 2^{ème} éd., 1953.
 - Théorie générale du droit, Dalloz, Philosophie du droit, 1969.
- DEBBASCH (C.), COLIN (F.),** Droit administratif, Economica, 10^{ème} éd., 2011.
- DEBOVE (F.), FALLETTI (F.), DUPIC (E.),** Précis de droit pénal et de procédure pénale, P.U.F., Major, 5^{ème} éd., 2013.
- DECOCQ (A.),** Droit pénal général, Armand Colin, coll. U, 1971.
- DE LAUBADERE (A.),** Traité de droit administratif, t. I, Droit administratif général par Y. GAUDEMET, L.G.D.J., 16^{ème} éd., 2001.
- DELMAS-MARTY (M.), LUCAS DE LEYSSAC (C.),** Libertés et droits fondamentaux, le Seuil, 2^{ème} éd., 2002.
- DEL VECCHIO (G.),** Philosophie du droit, Dalloz, 1953, rééd. 2004, Dalloz, présentation D. GUTMANN.
- DELVOLVE (P.),** Le droit administratif, Dalloz, Connaissance du droit, Dalloz, 6^{ème} éd., 2014.
- DESORTES (F.), LAZERGES-COUSQUER (L.),** Traité de procédure pénale, Economica, Corpus, 3^{ème} éd., 2013.
- DONNEDIEU DE VABRES (H.),** Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, Sirey, 3^{ème} éd., 1947.
- DREYER (E.),**
 - Droit pénal général, LexisNexis, Manuel, 2^{ème} éd., 2012.
 - Droit pénal spécial, Ellipses, Cours magistral, 2^{ème} éd., 2012.
- DU PASQUIER (C.),** Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, Sirey, éd. Delachaux & Niestlé, Neuchâtel, 1937.
- DUGUIT (L.),** Traité de droit constitutionnel, 3^{ème} éd., 1927.
- DUPUIS (G.), GUEDON (M.-J.), CHRETIEN (P.),** Droit administratif, Sirey-Dalloz, Université, 12^{ème} éd., 2011.
- EISENMANN (C.),**
 - Cours de droit administratif, t. I, L.G.D.J., 1982.
 - Cours de droit administratif, t. II, L.G.D.J., 1983.
- FAVOREU (L.) et alii,** Droit des libertés fondamentales, Dalloz, Précis, 6^{ème} éd., 2012.
- FOULQUIE (P.),** Dictionnaire de la langue philosophique, P.U.F., 5^{ème} éd., 1986.
- FOURMENT (F.),** Procédure pénale, Larcier, Paradigme, 14^{ème} éd., 2013.
- FRIER (P.-L.), PETIT (J.),** Droit administratif, L.G.D.J.-Lextenso, Domat droit public, 8^{ème} éd., 2013.
- GARÇON (E.),** Code pénal annoté, t. I, Sirey, 1901.
- GARÇON (E.), PELTIER (V.),** Droit de la peine, Litec, Manuel, 2010.
- GARRAUD (R.),**
 - Précis de droit criminel, Sirey, 11^{ème} éd., 1912.
 - Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, Sirey, 3^{ème} éd., 1912-1928, Paris, 5 vol., t. II et t. III.
 - Traité théorique et pratique du droit pénal français, t. II, Librairie de la société du Recueil des lois et des arrêts, 1898.
- GAUDEMET (Y.),** Droit administratif, L.G.D.J., Manuel, 20^{ème} éd., 2012.
- GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), FABRE-MAGNAN (M.),** Traité de droit civil, Introduction générale, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1994.
- GOBLOT (E.),** Traité de logique, Armand Colin, 3^{ème} éd., 1922, préf. E. BOUTROUX.
- GUINCHARD (S.), BUISSON (J.),** Procédure pénale, LexisNexis, Manuel, 9^{ème} éd., 2013.
- GUINCHARD (S.), FERRAND (F.), CHAINAIS (C.),** Procédure civile, Dalloz, Hypercours, 3^{ème} éd., 2013.
- GUINCHARD (S.), MOUSSA (T.) (dir.),** Droit et pratique des voies d'exécution, Dalloz, action, 7^{ème} éd., 2012.

- GUINCHARD (S.) et alii**, Droit processuel. Droits fondamentaux du procès, Dalloz, Précis, 7^{ème} éd., 2013.
- HAURIOU (M.)**, Précis de droit administratif et de droit public, Sirey, 12^{ème} éd., 1933, rééd. 2002, Dalloz, présentation P. DELVOLVE et F. MODERNE.
- HELIE (F.)**,
- Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle, t. I, Plon, 2^{ème} éd., 1866.
 - Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle, t. IV, Plon, 2^{ème} éd., 1866.
 - Traité de l'Instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle, t. III, Plon, 2^{ème} éd., 1866-1867.
- HERON (J.), LE BARS (T.)**, Droit judiciaire privé, Montchrestien, Domat droit privé, 5^{ème} éd., 2012.
- HUET (A.), KOERING-JOULIN (R.)**, Droit pénal international, P.U.F., Thémis droit, 3^{ème} éd., 2005.
- JAPIOT (R.)**, Traité élémentaire de procédure civile, Lib. Rousseau, 3^{ème} éd., 1935.
- JESTAZ (P.)**, Le droit, Dalloz, Connaissance du droit, 7^{ème} éd., 2012.
- JEULAND (E.)**, Droit processuel général, Montchrestien-Lextenso, 2^{ème} éd., 2012.
- JEZE (G.)**, Les principes généraux du droit administratif, t. I, La technique juridique du droit public français, Dalloz, 3^{ème} éd., 2005 (réimpr.), préf. S. SALON et J.-C. SAVIGNAC.
- LAFERRIERE (E.)**, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, t. II, L.G.D.J., 1989 (réimpr.), préf. R. DRAGO.
- LALANDE (A.)**,
- Vocabulaire technique et critique de la philosophie, P.U.F., Quadrige, 2^{ème} éd., 2006.
 - Vocabulaire technique et critique de la philosophie, P.U.F., 17^{ème} éd., 1991.
- LARROUMET (C.), AYNES (A.)**, Traité de droit civil, t. I, Introduction à l'étude du droit, Economica, Corpus droit privé, 6^{ème} éd., 2013.
- LEBORGNE (A.)**, Droit de l'exécution. Voies d'exécution et procédures de distribution, Dalloz, Précis, 2^{ème} éd., 2014.
- LEBRETON (G.)**, Libertés publiques et droits de l'Homme, Dalloz-Sirey, 8^{ème} éd., 2009.
- LEROY (J.)**, Procédure pénale, L.G.D.J., Manuel, 3^{ème} éd., 2013.
- LETTERON (R.)**, Libertés publiques, Dalloz, Précis, 9^{ème} éd., 2012.
- LITTRE (E.)**,
- Dictionnaire de la langue française, t. 2, Gallimard-Hachette, éd. intégrale, 1964.
 - Le nouveau LITTRE, 2004.
- MADIOT (Y.)**, Droits de l'homme, Masson, 2^{ème} éd., 1991.
- MAINGUY (D.)**, Introduction générale au droit, LexisNexis, Cours, Objectif droit, 6^{ème} éd., 2013.
- MALABAT (V.)**, Droit pénal spécial, Dalloz, Hypercours, 6^{ème} éd., 2013.
- MALAURIE (P.), MORVAN (P.)**, Introduction au droit, Defrénois, 4^{ème} éd., 2012.
- MAYAUD (Y.)**, Droit pénal général, P.U.F., Droit fondamental, 4^{ème} éd., 2013.
- MAYER (O.)**,
- Le droit administratif allemand, t. I, Paris, éd. V. Giard et E. Brière, Bibl. intern. dr. public, 1903.
 - Le droit administratif allemand, t. II, Paris, éd. V. Giard et E. Brière, Bibl. intern. dr. public, 1904.
- MAZEAUD (H. et L.), MAZEAUD (J.), CHABAS (F.)**, Leçons de droit civil, t. I, vol. n°1, Introduction à l'étude du droit, Montchrestien, 8^{ème} éd. par F. CHABAS, 1986.
- MERLE (R.), VITU (A.)**,
- Traité de droit criminel, t. I, Droit pénal général, Cujas, 7^{ème} éd., 1997.
 - Traité de droit criminel, t. II, Procédure pénale, Cujas, 5^{ème} éd., 2001.
- MOMMSEN (T.)**,
- Manuel des antiquités romaines, t. I, Le droit public romain, 1892, réimpr. 1984, De Boccard.
 - Manuel des antiquités romaines, t. XVII, Le droit pénal romain, t. 1, Albert Fontemoing, Paris, 1907.
- MORANGE (J.)**, Manuel des droits de l'homme et libertés publiques, P.U.F., Droit fondamental, 1^{ère} éd., 2007.

- MOREL (R.)**, Traité élémentaire de procédure civile, Sirey, 2^{ème} éd., 1949.
- MOTULSKY (H.)**, Droit processuel, Textes de cours par M. CAPEL, Montchrestien, 1973.
- OBERDORFF (H.)**, Droits de l'homme et libertés fondamentales, L.G.D.J.-Lextenso, Manuel, 4^{ème} éd., 2013.
- OBERDORFF (H.), ROBERT (J.)**, Libertés fondamentales et droits de l'homme. Textes français et internationaux, L.G.D.J.-Lextenso, 11^{ème} éd., 2013.
- ODENT (R.)**, Contentieux administratif, Les cours de droit, I.E.P. de Paris, 2^{ème} éd., 1981.
- OPPETIT (B.)**, Philosophie du droit, Dalloz, Précis, 1999.
- ORTOLAN**,
- Eléments de droit pénal, Plon, 1855.
 - Eléments de droit pénal, t. II, Plon, 5^{ème} éd. par A. DESJARDINS, 1886.
- PARRA (C.), MONTREUIL (J.)**, Traité de procédure pénale policière, Quillet, Paris, 1970, préf. R. MARCELLIN.
- PERROT (R.), THERY (P.)**, Procédures civiles d'exécution, Dalloz, 3^{ème} éd., 2013.
- PESCATORE (P.)**, Introduction à la science du droit, Luxembourg, Office des imprimés de l'Etat, 1960.
- PONCELA (P.)**, Droit de la peine, P.U.F., Thémis droit privé, 2^{ème} éd., 2001.
- PRADEL (J.)**, Procédure pénale, Cujas, Référence, 17^{ème} éd., 2013.
- PRADEL (J.), CORSTENS (G.), VERMEULEN (G.)**, Droit pénal européen, Dalloz, Précis, 3^{ème} éd., 2009.
- RASSAT (M.-L.)**,
- Traité de procédure pénale, P.U.F., Droit fondamental, 2001.
 - Procédure pénale, Ellipses, Universités, 2^{ème} éd., 2013.
 - Droit pénal général, Ellipses, Cours magistral, 3^{ème} éd., 2014.
 - Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal, Dalloz, Précis, 6^{ème} éd., 2011.
- REBUT (D.)**, Droit pénal international, Dalloz, Précis, 1^{ère} éd., 2012.
- RENAUT (A.)**, La philosophie, Odile Jacob, 2006.
- RENOUX (T.-S.), DE VILLIERS (M.) (dir.)**, Code constitutionnel 2014, LexisNexis, 6^{ème} éd., 2013.
- RENUCCI (J.-F.)**,
- Traité de droit européen des droits de l'homme, L.G.D.J., 2007.
 - Droit européen des droits de l'homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH, L.G.D.J.-Lextenso, 5^{ème} éd., 2013.
- REY (A.) (dir.)**, Le Grand Robert de la langue française, Paris.
- RIVERO (J.), MOUTOUH (H.)**,
- Libertés publiques, t. I, P.U.F., Thémis droit public, 9^{ème} éd., 2003.
 - Libertés publiques, t. II, P.U.F., Thémis droit public, 7^{ème} éd., 2003.
- ROBERT (J.-H.)**, Droit pénal général, P.U.F., Thémis, 6^{ème} éd., 2005.
- ROLAND (H.), BOYER (L.)**, Introduction au droit, Litec, Traités, 2002.
- ROUBIER (P.)**, Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, Sirey, 2^{ème} éd., 1951, rééd. Dalloz, 2005, préf. D. DEROUSSIN.
- ROUX (J.-A.)**, Cours de droit criminel français, t. II, Procédure pénale, Sirey, 2^{ème} éd., 1927.
- SOLUS (H.), PERROT (R.)**, Traité de Droit judiciaire privé, t. I, Sirey, 1961.
- SOURIOUX (J.-L.)**, Introduction au droit, P.U.F., 2^{ème} éd., 1990.
- STASSINOPOULOS (M.)**, Traité des actes administratifs, Collection de l'Institut français d'Athènes, 1954, préf. R. CASSIN.
- SUDRE (F.)**, Droit européen et international des droits de l'homme, P.U.F., Droit fondamental, 11^{ème} éd., 2012.
- TERESTCHENKO (M.)**, Philosophie politique, t. 1, Individu et société, Hachette, Les fondamentaux, 2000.
- TERRE (F.)**, Introduction générale au droit, Dalloz, Précis, 9^{ème} éd., 2012.
- TURPIN (D.)**, Libertés publiques et droits fondamentaux, Foucher, Parcours juridiques, 2009.
- VEDEL (G.)**, Droit administratif, Thémis, 5^{ème} éd., 1973.
- VERGES (E.)**, Procédure pénale, LexisNexis, Cours, 3^{ème} éd., 2011.
- VERON (M.)**, Droit pénal spécial, Sirey, 14^{ème} éd., 2012.

VIDAL (G.), Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, t. II, Rousseau & Cie, 9^{ème} éd. par J. MAGNOL, 1949.

WACHSMANN (P.), Libertés publiques, Dalloz, Cours, 7^{ème} éd., 2013.

WALINE (J.), Droit administratif, Dalloz, Précis, 24^{ème} éd., 2012.

WALINE (M.), Traité élémentaire de droit administratif, Sirey, 6^{ème} éd., 1950.

II. OUVRAGES SPECIAUX, THESES, MONOGRAPHIES

ALIX (J.), Terrorisme et droit pénal. Etude critique des incriminations terroristes, Dalloz, 2010, Nouvelle bibliothèque de thèses, préf. G. GIUDICELLI-DELAGE.

AMBROISE-CASTEROT (C.), De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire, Thèse, Bordeaux IV, 2 tomes, 2000.

AMSELEK (P.),

- Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit (Essai de phénoménologie juridique), Thèse, Paris, 1962, L.G.D.J., 1964.
- Théorie du droit et science, P.U.F., Léviathan, 1994.

ANGEVIN (H.),

- La pratique de la cour d'assises, LexisNexis, Traité-formulaire, 5^{ème} éd. par H.-C. LE GALL, 2012.
- La pratique de la chambre de l'instruction, Litec, Pratique professionnelle, 2^{ème} éd., 2004.

ANTONMATTEI (P.-H.), Contribution à l'étude de la force majeure, L.G.D.J., 1992, Bibl. dr. privé, t. 220, préf. B. TEYSSIE.

ARDANT (P.), La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle, L.G.D.J., 1956.

ASCENSI (L.), Du principe de la contradiction, L.G.D.J., 2006, Bibl. dr. privé, t. 454, préf. L. CADIET.

BAKAS (C.), Les principes directeurs du procès pénal au regard de l'intérêt de la personne poursuivie, Thèse, Paris II, 2 tomes, 1982.

BARBERIS (J.), Le droit de la preuve pénale face à l'évolution technique et scientifique, Thèse, Aix-Marseille III, 2000.

BATTESTI (F.), La dimension européenne des droits de la défense, Thèse, Corse, 2005.

BEAUCHAMPS (A.), Des garanties aux atteintes à la liberté individuelle, Thèse, Nice, 2000.

BEAUD (O.), La puissance de l'Etat, P.U.F., Léviathan, 1994.

BELOT (J.), L'ordre public et le procès pénal. Etude sur l'ordre public procédural, Thèse, Nancy, 1980.

BENILLOUCHE (M.), Le secret dans la phase préliminaire du procès pénal en France et en Angleterre, P.U.A.M., 2004, préf. M. DELMAS-MARTY.

BERGEAUD (A.), Le droit à la preuve, L.G.D.J., 2010, Bibl. dr. privé, t. 525, préf. J.-C. SAINT-PAU.

BINET (M.), La protection de la liberté individuelle contre les arrestations et détentions arbitraires, Thèse, Nancy, 1936.

BIOY (X.), Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003, préf. H. ROUSSILLON.

BLANCHARD (C.), La dispense en droit privé, éd. Panthéon-Assas, Thèses, 2010, préf. P. CONTE.

BODIN (J.), Les six livres de la République (morceaux choisis), éd. Confluences, coll. « Voix de la cité », 1999.

BONIS-GARÇON (E.), Les décisions provisoires en procédure pénale, P.U.A.M., 2002, préf. P. CONTE.

BONNECASE (J.), La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente. Ses variations et ses traits essentiels, t. I, Delmas éditeur, Bordeaux, 1933.

BORE (J.), BORE (L.), La cassation en matière pénale, Dalloz, Dalloz action, 3^{ème} éd., 2011.

BOSSARD (A.), Les crimes et délits commis par les fonctionnaires de police contre l'intégrité physique des particuliers (essai sur les « violences policières »), Thèse, Paris, 1953.

BOULOC (B.), L'acte d'instruction, L.G.D.J., 1965, Bibl. sc. crim., préf. G. STEFANI.

- BOURDIEU (P.)**, Sur l'Etat. Cours au Collège de France (1989-1992), Raisons d'agir-Seuil, 2012.
- BOURETZ (P.) (dir.)**, La force du droit. Panorama des débats contemporains, éd. Esprit, 1991.
- BOURSIER (M.-E.)**, Le principe de loyauté en droit processuel, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2003, préf. S. GUINCHARD.
- BRAHIC-LAMBREY (C.)**, L'injonction. Etude de la dynamique d'un processus, P.U.A.M., 2 tomes, 2003.
- BRAUD (P.)**, La notion de liberté publique en droit français, L.G.D.J., 1968, Bibl. dr. pub., t. 76, préf. G. DUPUIS.
- BRAY (P.)**, La fouille corporelle, Thèse, Dijon, 1930.
- BRENNER (C.)**, L'acte conservatoire, L.G.D.J., 1999, Bibl. dr. privé, t. 323, préf. P. CATALA.
- BRETTON (P.)**, L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et de la propriété privée, L.G.D.J., 1964, Bibl. dr. pub., t. 58, préf. P. ARDANT.
- BUFFELAN-LANORE (Y.)**, Essai sur la notion de caducité des actes juridiques, Thèse, Toulouse, 1963, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, t. 43, préf. P. HEBRAUD.
- BUISSON (J.)**, L'acte de police, Thèse, Lyon III, 1988.
- BUREAU (D.), DRUMMOND (F.), FENOUILLET (D.) (dir.)**, Droit et morale, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011.
- CADENE (J.)**, La preuve en matière pénale. Essai d'une théorie générale, Thèse, Montpellier, 1963.
- CAMBOT (P.)**, La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne, P.U.A.M.-Economica, Droit public positif, 1998, préf. P. BON.
- CAPDEPON (Y.)**, Essai d'une théorie générale des droits de la défense, Dalloz, 2013, Nouvelle bibliothèque de thèses, préf. J.-C. SAINT-PAU.
- CAPITANT (R.)**, L'impératif juridique. Introduction à l'étude de l'illicite, Thèse, Paris, 1928.
- CAPPELLO (A.)**, La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel, Thèse, Paris II, 2011 ; L.G.D.J., 2014, Bibl. sc. crim., t. 58, préf. Y. MAYAUD.
- CARBONNIER (J.)**,
- Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, L.G.D.J., 10^{ème} éd., 2001.
 - Instruction criminelle et liberté individuelle. Etude critique de la législation française, éd. E. DE BOCCARD, Paris, 1939.
- CARRE DE MALBERG (R.)**, Contribution à la théorie générale de l'Etat, t. I, Dalloz, rééd. 2004, préf. E. MAULIN.
- CASORLA (F.)**, Le procureur de la République et la mise en état des affaires pénales, Thèse, Poitiers, 1981.
- CASTAGNE (J.)**, Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative, Thèse, Bordeaux, 1961, L.G.D.J., 1964.
- CATALA (N.)**, La nature juridique du paiement, Thèse, Paris, 1960, impr. J. RESCHLY, préf. J. CARBONNIER.
- CESARO (J.-F.)**, Le doute en droit privé, L.G.D.J., éd. Panthéon-Assas, Droit privé, Paris, 2003, préf. B. TEYSSIE.
- CHAINAIS (C.)**, La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007, préf. S. GUINCHARD.
- CHAMBON (P.)**, L'instruction contradictoire et la jurisprudence (Loi du 8 décembre 1897), Lib. Techniques, 1953, préf. J. BROUCHOT.
- CHAPELLE-BOUCHARD (V.)**, Le droit de recours en matière pénale : Contribution à l'étude des droits de la personne poursuivie, Thèse, Toulon, 2000.
- CHAVENT (A.-S.)**, La proportionnalité et le droit pénal général, Thèse, Lyon III, 2002.
- CHEVALLIER (J.)**, L'Etat de droit, Montchrestien, Lextenso, 5^{ème} éd., 2010.
- COET (P.)**, Les notions-cadres dans le Code civil. Etude des lacunes *intra-legem*, Thèse, Paris II, 1985.
- CONCHON (H.)**, L'évolution des nullités de l'instruction préparatoire, L'Harmattan, 2002, Sciences criminelles, préf. A. VITU.
- CONSTANT (B.)**,
- De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes, Fayard, Mille et une nuits, 2010.
 - Principes de politique, Librairie A. Eymery, Paris, 1815.
- CONTE (P.)**, L'apparence en matière pénale, Thèse, 2 tomes, Grenoble, 1984.

- COPAIN (C.)**, L'encadrement de la contrainte probatoire en procédure pénale française, Thèse, Lyon III, 2011.
- COQUIN (C.)**, Le concept de proportionnalité en droit pénal, Thèse, Poitiers, 2001.
- CORNU (G.)**, Regards sur le titre III du Livre III du Code civil, Cours polycopié du D.E.A. de droit privé 1976-1977.
- COSTA (D.)**, Les fictions juridiques en droit administratif, L.G.D.J., 2000, Bibl. dr. public, t. 210, préf. E. PICARD.
- CROZE (H.)**, Recherche sur la qualification en droit processuel français, Thèse, Lyon III, 1981.
- CUNEO (M.)**, De l'arrestation et de la sanction des arrestations arbitraires, Thèse, Paris, 1902.
- DABIN (J.)**, La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé, Bruylant-Sirey, 1935.
- D'AMBRA (D.)**, L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges, L.G.D.J., 1994, Bibl. dr. privé, t. 236, préf. G. WIEDERKEHR.
- DANTI-JUAN (M.)**, L'égalité en droit pénal, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, 1987, n°6, préf. J. PRADEL.
- DE BECHILLON (D.)**, Qu'est-ce qu'une règle de droit ?, Odile Jacob, 1997.
- DEBOVE (F.)**, Le renouvellement des normes répressives françaises par le droit européen, Thèse, Paris II, 2 tomes, 1995.
- DECHENAUD (D.)**, L'égalité en matière pénale, L.G.D.J., 2008, Bibl. sc. crim., t. 45, préf. P. MAISTRE DU CHAMBON.
- DECOCQ (A.)**, Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, Thèse, Paris, 1957, L.G.D.J., 1960.
- DECOCQ (A.), MONTREUIL (J.), BUISSON (J.)**, Le droit de la police, Litec, 2^{ème} éd., 1998.
- DECOTTIGNIES (R.)**, Les présomptions en droit privé, Thèse, Lille, 1949, L.G.D.J., 1949.
- DEFFERRARD (F.)**,
- La suspicion légitime, L.G.D.J., 2000, Bibl. dr. privé, t. 332, préf. F. BUSSY.
 - Le suspect dans le procès pénal, L.G.D.J., Systèmes Droit, 2005.
- DEGOFFE (M.)**, Droit de la sanction non pénale, Economica, 2000.
- DELFONT (J.)**, Responsabilité pénale et fonction politique, L.G.D.J., 2006, Bibl. sc. crim., t. 41, préf. A. DECOCQ.
- DELLIS (G.)**, Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, L.G.D.J., 1997, Bibl. dr. public, t. 184, préf. Y. GAUDEMET.
- DELMAS-MARTY (M.)**,
- Le flou du droit, P.U.F., Quadriga, 2004.
 - Raisonner la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme, P.U.F., Les voies du droit, 1989.
- DELVOLVE (P.)**, L'acte administratif, Sirey, Droit Public, 1983.
- DEMARCHI (J.-R.)**, Les preuves scientifiques et le procès pénal, L.G.D.J., 2012, Bibl. sc. crim., t. 55, préf. C. AMBROISE-CASTEROT.
- DEMOGUE (R.)**, Les notions fondamentales du droit privé, 1911, La mémoire du droit, Paris, 2001.
- DENIS (G.)**, L'enquête préliminaire. Etude théorique et pratique, éd. Police-Revue, 1974, préf. A. TOUFFAIT.
- DERRIDA (J.)**, Force de loi, Galilée, 1994.
- DE TOCQUEVILLE (A.)**, De la démocratie en Amérique, 4 tomes, Pagnerre, Paris, 1848.
- DETRAZ (S.)**, La contrainte par corps, Thèse, Bordeaux IV, 2002.
- DEUMIER (P.)**, Le droit spontané, Economica, 2002, préf. J.-M. JACQUET.
- DI MARINO (G.)**, Les nullités de l'instruction préparatoire, Thèse, Aix-Marseille, 2 tomes, 1977.
- DOUAY (M.)**, Des garanties de la liberté individuelle, Thèse, Paris, 1905.
- DUGUIT (L.)**, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, Dalloz, rééd. 2003, préf. F. MODERNE.
- DUPRE-DALLEMAGNE (A.-S.)**, La force contraignante du rapport d'obligation (Recherche sur la notion d'obligation), P.U.A.M., 2004, préf. P. DELEBECQUE.
- DWORKIN (R.)**, Prendre les droits au sérieux, P.U.F., Léviathan, 1995.
- EFFA (J.-P.)**, La responsabilité pénale des ministres sous la V^e République, L'Harmattan, 2011, Logiques juridiques, préf. D.-G. LAVROFF.

- EKEU (J.-P.)**, Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, 1992, vol. 12, préf. J. PRADEL.
- ESSAID (M.-J.)**, La présomption d'innocence, Thèse, 1969, Rabat, éd. La Porte, 1971, préf. G. STEFANI.
- ETRILLARD (C.)**, Le temps dans l'investigation pénale, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2004, préf. G. FOURNIER.
- EXPOSITO (W.)**, La justice pénale et les interférences consensuelles, Thèse, Lyon III, 2005.
- FAVOREU (L.)**, Du déni de justice en droit public français, Thèse, Paris, 1962, L.G.D.J., 1964.
- FAVOREU (L.)**, **PHILIP (L.)**, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 12^{ème} éd., 2003.
- FAZLOLLAHI (F.)**, La fraude à l'extradition, Thèse, Paris XI, 2000.
- FERREIRA (N.)**, La coercition en droit public français, Thèse, Paris I, 2 tomes, 2000.
- FLACH (J.)**, Le droit de la force et la force du droit, Sirey, 1915.
- FORTSAKIS (T.)**, Conceptualisme et empirisme en droit administratif français, L.G.D.J., 1987, Bibl. dr. public., t. 152, préf. J. RIVERO.
- FOUCAULT (M.)**, Surveiller et punir. Naissance de la prison, 1975, Gallimard, Bibl. des histoires, 1993.
- FOURMENT (F.)**, L'arrestation, menace à la liberté individuelle, devant le droit français (de source nationale et internationale), Thèse, Paris II, 2 tomes, 1995.
- FOURNIER (G.)**, L'acte policier judiciaire, Thèse, Rennes I, 2 tomes, 1979.
- FREUND (J.)**, Qu'est-ce que la politique ?, Seuil, 1967.
- FRIER (P.-L.)**, L'urgence, L.G.D.J., 1987, Bibl. dr. pub., t. 150, préf. G. DUPUIS.
- FRISON-ROCHE (M.-A.)**, Généralités sur le principe du contradictoire (Droit processuel), Thèse, Paris II, 1988.
- GACHI (K.)**, Le respect de la dignité humaine dans le procès pénal, L.G.D.J., 2012, Bibl. sc. crim., t. 54, préf. A. DECOCQ.
- GAGNOUD (P.)**, L'enquête préliminaire et les droits de la défense, Thèse, Nice, 1998.
- GAIA (P.) GHEVONTIAN (R.)**, **MELIN-SOUCRAMANIEN (F.)**, **OLIVA (E.)** et **ROUX (A.)**, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 17^{ème} éd., 2013.
- GALLOIS (A.)**, Le traitement procédural des affaires pénales de grande complexité. Réflexion sur la qualité de la justice pénale, Thèse, Paris I, 2008.
- GARÇON (M.)**, Défense de la liberté individuelle, Fayard, 1957.
- GARRAUD (P.)**, La preuve par indices dans le procès pénal. Evolution de cette preuve au point de vue juridique et au point de vue technique, Thèse, Lyon, Sirey, 1913.
- GASSIN (R.)**, La liberté individuelle devant le droit pénal, Sirey, 1980.
- GAUDEMET (Y.)**, Les méthodes du juge administratif, Thèse, Paris II, 1971, L.G.D.J., 1972.
- GAVALDA-MOULENAT (C.)**, Le principe du contradictoire en procédure pénale, Thèse, Montpellier I, 2005.
- GENY (F.)**,
- Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, t. I, Introduction. Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution, Sirey, 1914.
 - Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, t. II, Elaboration scientifique du droit positif (L'irréductible « droit naturel »), Sirey, 1915.
 - Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, t. III, Elaboration technique du droit positif, Sirey, 1921.
 - Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, t. IV, Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif, Sirey, 1924.
 - Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, L.G.D.J., 1919, t. II, préf. R. SALEILLES, réimpr. 1995.
- GEORGEL (J.)**, Les libertés de communication, Dalloz, Connaissance du droit, 1996.
- GINDRE (E.)**, L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne, L.G.D.J., 2009, Fondation Varenne, coll. des thèses, n°31, préf. C. LAZERGES.

- GIRARD (F.)**, Essai sur la preuve dans son environnement culturel, P.U.A.M., 2013, 2 tomes, préf. E. VERGES.
- GIRARD (R.)**, La violence et le sacré, 1972, Paris, Grasset.
- GISSER (F.)**, Propriété, possession et détention en droit pénal français, Thèse, Nancy II, 1981.
- GIUDICELLI-DELAGE (G.)**, La motivation des décisions de justice, Thèse, Poitiers, 2 vol., 1979.
- GOUBEAUX (G.)**, La règle de l'accessoire en droit privé, L.G.D.J., 1969, Bibl. dr. privé, t. 93, préf. D. TALLON.
- GOYARD-FABRE (S.)**, Essai de critique phénoménologique du droit, Thèse, Paris, 1970, Librairie Klincksieck, 1972.
- GOYET (F.)**, Le ministère public en matière civile et en matière répressive et l'exercice de l'action publique, Sirey, 3^{ème} éd. par M. ROUSSELET et M. PATIN, 1953.
- GUERRIER (C.)**, Les écoutes téléphoniques, éd. CNRS, Paris, 2000.
- GUERY (C.)**, **CHAMBON (P.)**, Droit et pratique de l'instruction préparatoire. Juge d'instruction, chambre de l'instruction, Dalloz, Dalloz action, 8^{ème} éd., 2012.
- GUILLIEN (R.)**, L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée. Essai critique, Thèse, Bordeaux, 1931.
- GUINCHARD (S.)**, L'affectation des biens en droit privé français, Thèse, Lyon, L.G.D.J., 1976, Bibl. dr. privé, t. 145, préf. R. NERSON.
- HAQUET (A.)**, Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français, P.U.F., Les grandes thèses du droit français, 2004.
- HARDOUIN-LE GOFF (C.)**, L'oubli de l'infraction, L.G.D.J., 2008, Bibl. sc. crim., t. 44, préf. A. DECOCQ.
- HART (H. L. A.)**, Le concept de droit, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976, trad. M. VAN DE KERCHOVE.
- HAUSER (J.)**, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, L.G.D.J., 1971, Bibl. dr. privé, t. 127, préf. P. RAYNAUD.
- HAYEK (F.A.)**, La Constitution de la liberté, Litec, Liberalia, 1994.
- HEGEL (G.W.F.)**, Principes de la philosophie du droit, Gallimard, 1997, A. KAAAN (trad.), préf. J. HYPOLITE.
- HELIE (F.)**, Pratique criminelle des cours et tribunaux, t. I, Lib. Techniques, 5^{ème} éd. par J. BROUCHOT, 1951.
- HENNEBEL (L.)**, La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés, Bruylant, 2007, préf. A. A. CANCADO TRINDADE.
- HENNION (P.)**, Preuve pénale et droits de l'homme, Thèse, Nice, 2 tomes, 1998.
- HENRION (H.)**, La nature juridique de la présomption d'innocence. Comparaison franco-allemande, Publications de la faculté de droit de Montpellier, coll. Thèses, 2006, préf. C. LAZERGES et H. JUNG.
- HENRY (H.)**, Des mesures attentatoires à la liberté individuelle prises avant tout jugement pénal, Thèse, Montpellier I, 1976.
- HERZOG-EVANS (M.)**, La gestion du comportement du détenu. Essai de droit pénitentiaire, Logiques juridiques, L'Harmattan, 1998.
- HOBBS (T.)**, Léviathan, Gallimard, Folio-essais, 2000.
- HOUBRON (H.)**, Loyauté et vérité. Etude de droit processuel, Thèse, Reims, 2 tomes, 2004.
- HUSSON (L.)**,
- Les transformations de la responsabilité. Etude sur la pensée juridique, P.U.F., 1947, Bibl. de philosophie contemporaine.
 - Nouvelles études sur la pensée juridique, Dalloz, 1974, coll. Philosophie du droit.
- JACQUOT (F.)**, L'instruction préparatoire et la protection de la liberté individuelle : le contentieux de la détention provisoire, Thèse, 2 tomes, Nancy 2, 1997.
- JARROSSON (C.)**, La notion d'arbitrage, L.G.D.J., 1987, Bibl. dr. privé, t. 198, préf. B. OPPETIT.
- JEANDIDIER (W.)**, La juridiction d'instruction du second degré, Cujas, 1982, préf. A. VITU.
- JEANDIDIER (W.)**, **BELOT (J.)**, Les grandes décisions de la jurisprudence, Procédure pénale, Thémis, P.U.F., 1^{ère} éd., 1986.
- JEANNEAU (B.)**, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, Sirey, 1954, préf. J. RIVERO.

- JESTAZ (P.)**, L'urgence et les principes classiques du droit civil, L.G.D.J., 1968, Bibl. dr. privé, t. 87, préf. P. RAYNAUD.
- JESTAZ (P.), JAMIN (C.)**, La doctrine, Dalloz, Méthodes du droit, 2004.
- JOLY-SIBUET (E.)**, La restitution en droit pénal : de la dimension nouvelle d'un concept classique, Thèse, Lyon III, 1990.
- JOSSERAND (S.)**, L'impartialité du magistrat en procédure pénale, L.G.D.J., 1998, Bibl. sc. crim., t. 33, préf. J. FRANCILLON.
- JUGAULT (J.)**, De la liaison du contentieux. Essai sur la genèse de l'acte juridictionnel, Thèse, Rennes, 1969.
- KANT (E.)**, Métaphysique des mœurs, Première partie, Doctrine du droit, Librairie philosophique J. VRIN, 4^{ème} éd., 1988, préf. M. VILLEY, trad. A. PHILONENKO.
- KAYSER (P.)**, La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée, Economica-P.U.A.M., 3^{ème} éd., 1995, préf. H. MAZEAUD.
- KELSEN (H.)**,
- Théorie pure du droit, Bruylant-L.G.D.J., La pensée juridique, 1999, rééd. 2^{ème} éd. 1962, trad. C. EISENMANN.
 - Théorie générale du droit et de l'Etat, Bruylant-L.G.D.J., La pensée juridique, 1997.
- KERN (F.)**, Les écoutes au regard du droit répressif français et de la Convention européenne des droits de l'homme. Loi 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications, Thèse, Paris II, 1992.
- KUTY (F.)**, L'impartialité du juge en procédure pénale. De la confiance décrétée à la confiance justifiée, Larcier, 2005, préf. P. MARTENS et M. PREUMONT.
- LACAZE (C.)**, Des enquêtes officieuses et des officiers de police judiciaire qui y procèdent, Thèse, Toulouse, 1910.
- LAGARDE (P.)**, Recherches sur l'ordre public en droit international privé, L.G.D.J., 1959, Bibl. dr. privé, t. 15, préf. H. BATIFFOL.
- LAJUS-THIZON (E.)**, L'abus en droit pénal, Dalloz, 2011, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 105, préf. P. CONTE.
- LAURENT (N.)**, La notion de suspect en matière pénale, Thèse, Lyon III, 2001.
- LE BARS (T.)**, Le défaut de base légale en droit judiciaire privé, L.G.D.J., 1997, Bibl. dr. privé, t. 270, préf. J. HERON.
- LEBLOIS-HAPPE (J.)**, Quelles réponses à la petite délinquance ? Etude du droit répressif français sous l'éclairage comparé du droit répressif allemand, P.U.A.M., 2002, 2 tomes, préf. R. KOERING-JOULIN.
- LE BOT (O.)**, La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Etude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, L.G.D.J., Fondation Varenne, 2007, collection des thèses, n°9, préf. B. STIRN, avant-propos A. ROUX.
- LEFEBVRE (P.)**, Des actes de l'instruction préparatoire, Thèse, Paris, 1899.
- LE MONNIER DE GOUVILLE (P.)**, Le juge des libertés et de la détention. Entre présent et avenir, Thèse, Paris II, 2011.
- LEMONTEY (J.)**, Du rôle de l'autorité judiciaire dans la procédure d'extradition passive, L.G.D.J., 1966, Bibl. sc. crim., t. 4, préf. A. VITU.
- LEPAGE (A.)**, Recherche sur la connaissance du fait en droit, Thèse, Paris XI, 1998.
- LEROY (J.)**, La garde à vue après la réforme, LexisNexis, 2011, préf. A. DECOCQ.
- LEROYER (A.-M.)**, Les fictions juridiques, Thèse, Paris II, 1995.
- LESPARRE (J.)**, Le consentement du délinquant, Thèse, Bordeaux, 1994.
- LESTELLE (J.)**, Les lois des 7 février 1933 et 25 mars 1935 sur les garanties de la liberté individuelle, Thèse, Paris, 1936.
- LETURMY (L.)**, La recherche de la vérité et le droit pénal, Thèse, Poitiers, 1995.
- LEVY (R.)**, De l'information officieuse, Thèse, Nancy, 1934.
- LIBCHABER (R.)**, L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit, L.G.D.J.-Lextenso, 2013.
- LOCKE (J.)**, Le Second traité du gouvernement. Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil, P.U.F., Epiméthée, 1994, 4^{ème} tirage, 2011.
- LOLIES (I.)**, La protection pénale de la vie privée, P.U.A.M., 1999, préf. R. GASSIN.

- LUSSET-SEGUIN (C.)**, La compétence administrative de contrainte, Thèse, Bordeaux I, 1993.
- LUCHAIRE (F.)**, La protection constitutionnelle des droits et des libertés, *Economica*, 1987.
- LUCIANI-MIEN (D.)**, L'effectivité des droits de la défense en procédure pénale, Thèse, Paris II, 2006.
- MADIOT (Y.)**, Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme, Bruylant, 1998.
- MANGIN (M.)**, Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle, t. I, 3^{ème} éd. par A. SOREL, L. LAROSE, Paris, 1876.
- MARGUENAUD (J.-P.)**, La Cour européenne des droits de l'homme, Dalloz, *Connaissance du droit*, 6^{ème} éd., 2012.
- MARMIER (H.)**, Les garanties de la liberté individuelle et la réforme du Code d'instruction criminelle, Thèse, Paris, 1924.
- MARQUISET (J.)**, Manuel pratique de l'instruction, Sirey, 1950, préf. M. ROUSSELET.
- MARTIN DE LA MOUTTE (J.)**, L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil, Sirey, 1951, préf. P. RAYNAUD.
- MARZANO (M.) (dir.)**, Dictionnaire de la violence, P.U.F., *Quadrige*, 2011.
- MATHIAS (E.)**, Les procureurs du droit. De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne, éd. CNRS, 1999, préf. M. DELMAS-MARTY.
- MATSOPOULOU (H.)**, Les enquêtes de police, L.G.D.J., 1996, *Bibl. sc. crim.*, t. 32, préf. B. BOULOC.
- MAURER (B.)**, Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme, La Documentation française, 1999, préf. F. SUDRE.
- MAZEAUD (D.)**, La notion de clause pénale, L.G.D.J., 1992, *Bibl. dr. privé*, t. 223, préf. F. CHABAS.
- MAILLE (M.)**, Une introduction critique au droit, Maspero, 1982.
- MILANO (L.)**, Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Dalloz, 2006, *Nouvelle bibliothèque de thèses*, préf. F. SUDRE.
- MILL (J.S.)**, De la liberté, Gallimard, *Folio-essais*, 1990.
- MINIATO (L.)**, Le principe du contradictoire en droit processuel, L.G.D.J., 2008, *Bibl. dr. privé*, t. 483, préf. B. BEIGNIER.
- MOLFESSIS (N.)**, Le Conseil constitutionnel et le droit privé, L.G.D.J., 1997, *Bibl. dr. privé*, t. 287, préf. M. GOBERT.
- MOLINA (E.)**, La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain, P.U.A.M., 2001, avant-propos S. CIMAMONTI, préf. R. GASSIN.
- MORANGE (G.)**, Contribution à la théorie générale des libertés publiques, Thèse, Nancy, 1940.
- MORVAN (P.)**, Le principe de droit privé, éd. Panthéon-Assas, *Droit privé*, 1999, préf. J.-L. SOURIOUX.
- MOTULSKY (H.)**, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs, Sirey, 1948, préf. P. ROUBIER, Dalloz, 2002, rééd. présentée par M.-A. FRISON-ROCHE.
- MOURGEON (J.)**, La répression administrative, L.G.D.J., 1967, *Bibl. dr. public*, t. 75, préf. O. DUPEYROUX.
- MURBACH-VIBERT (M.)**, Les pouvoirs d'investigation en droit français. Essai d'une théorie générale, Thèse, Lyon III, 4 tomes, 2010.
- MURDOCH (J.)**, L'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme. Protection de la liberté et de la sûreté de la personne, Conseil de l'Europe, 2003, *Dossiers sur les droits de l'homme*, n°12.
- MUZNY (P.)**, La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique, P.U.A.M., 2005, 2 tomes, préf. F. SUDRE.
- NAGOUAS-GUERIN (M.-C.)**, Le doute en matière pénale, Dalloz, 2002, *Nouvelle bibliothèque de thèses*, préf. P. CONTE.
- NIETZSCHE (F.)**, Ainsi parlait Zarathoustra. Un livre pour tous et pour personne, Société du Mercure de France, 6^{ème} éd., 1903, H. ALBERT (trad.), *Œuvres complètes de NIETZSCHE*, vol. 9.
- NORD-WAGNER (M.)**, L'urgence en procédure pénale, Thèse, Strasbourg III, 2005.
- NORMAND (J.)**, Le juge et le litige, L.G.D.J., 1965, *Bibl. dr. privé*, t. 65, préf. R. PERROT.

- OPPETIT (B.)**, Les rapports des personnes morales et de leurs membres, Thèse, Paris, 1963.
- PAGEAUD (P.-A.)**, Un aspect de la sécurité juridique : l'acte conservatoire comme acte nécessaire, Thèse, Poitiers, 1941.
- PALLARD (R.)**, L'exception de nécessité en droit civil, Thèse, Poitiers, 1947, L.G.D.J., 1948.
- PARIZOT (R.)**, La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie, L.G.D.J., 2010, Bibl. sc. crim., t. 48, préf. G. GIUDICELLI-DELAGE et A. BERNARDI.
- PECHILLON (E.)**, Sécurité et droit du service public pénitentiaire, L.G.D.J., 1998, Bibl. dr. pub., t. 204, préf. F. CHAUVIN.
- PELTIER (V.)**, Le secret des correspondances, P.U.A.M., 1999, préf. P. CONTE.
- PENA-GAIA (A.)**, Les rapports entre la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Thèse, Aix-Marseille III, 1998.
- PHILIPPE (X.)**, Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, Economica-PUAM, Science et droit administratifs, 1990, préf. C. DEBBASCH.
- PICARD (Ed.)**, Le droit pur, Flammarion, Paris, 1908.
- PICARD (E.)**, La notion de police administrative, 2 tomes, L.G.D.J., 1984, Bibl. dr. public, t. 146, préf. R. DRAGO.
- PIN (X.)**, Le consentement en matière pénale, L.G.D.J., 2002, Bibl. sc. crim., t. 36, préf. P. MAISTRE DU CHAMBON.
- PORTERON (C.)**, Droit à l'information et procédure pénale. Contribution à l'étude des droits de la défense, Septentrion, Thèse à la carte, 2003.
- PRADEL (J.)**, L'instruction préparatoire, Cujas, 1990.
- PRADEL (J.)**, **VARINARD (A.)**, Les grands arrêts de la procédure pénale, Dalloz, 8^{ème} éd., 2013.
- PRIMOT (L.)**, Le concept d'inquisitoire en procédure pénale. Représentations, fondements et définition, L.G.D.J., 2010, Bibl. sc. crim., t. 47, préf. J.-H. ROBERT.
- PROTHAIS (A.)**, Tentative et attentat, L.G.D.J., 1985, Bibl. sc. crim., t. 24.
- PUJOL (N.)**, La liberté individuelle, un droit instrumentalisé, Thèse, Montpellier I, 2001.
- QUERIAUX (G.)**, La garde à vue, Thèse, Paris, 1965.
- RANOUIL (V.)**, La subrogation réelle en droit civil français, Thèse, Paris II, L.G.D.J., 1985.
- RASSAT (M.-L.)**, Le ministère public entre son passé et son avenir, L.G.D.J., 1967, Bibl. sc. crim., t. 5, préf. R. VOUIN.
- RAYNAUD DE LAGE (N.)**, Le respect des droits de la défense dans la phase préliminaire du procès pénal, Thèse, Toulouse I, 2 tomes, 1998.
- RENOUX (T.)**, Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel, P.U.A.M.-Economica, 1984, Droit public positif, préf. L. FAVOREU.
- RENUCCI (J.-F.)**, **COURTIN (C.)**, Le droit pénal des mineurs, P.U.F., Que sais-je ?, 4^{ème} éd., 2001.
- RIALS (S.)**, Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), L.G.D.J., 1980, Bibl. dr. public, t. 135, préf. P. WEIL.
- RIBEYRE (C.)**, La communication du dossier pénal, P.U.A.M., 2007, préf. P. MAISTRE DU CHAMBON.
- RIEG (A.)**, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, L.G.D.J., 1961, Bibl. dr. privé, t. 19, préf. R. PERROT.
- RIPERT (G.)**,
- La règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1949.
 - Les forces créatrices du droit, L.G.D.J., Paris, 1955, 2^{ème} éd. reprint 1994.
- RIVERO (J.)**, Les mesures d'ordre intérieur administratives. Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services, Sirey, 1934.
- ROBERT (J.)**, Les violations de la liberté individuelle commises par les agents publics et le problème des responsabilités, Thèse, Paris, Paris, 1953 L.G.D.J., 1955.
- ROBERT (J.-H.)**, Les sanctions prétoriennes en droit privé français, Thèse, Paris II, 1972.
- ROETS (D.)**, Impartialité et justice pénale, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, 1997, n°18, préf. J. PRADEL.
- ROLAND (H.)**, **BOYER (L.)**, Adages du droit français, Litec, 4^{ème} éd., 1999.
- ROUSSEAU (J.-J.)**, Du contrat social, Flammarion, Paris, 2001.

- ROUSSEL (G.)**, Suspicion et procédure pénale équitable, L'Harmattan, Bibliothèques de droit, 2010.
- ROUX (A.)**, La protection de la vie privée dans les rapports entre l'Etat et les particuliers, *Economica*, Droit public positif, 1983, préf. J.-C. VENEZIA.
- RUSSO (F.)**, Réalité juridique et réalité sociale. Etude sur les rapports entre le droit et la sociologie et sur le rôle du droit dans la vie sociale, Thèse, Paris, 1942, Sirey, 1942.
- SALVAGE-GEREST (P.)**, Le droit de ne pas s'accuser soi-même et la justice pénale française, Thèse, Grenoble, 1971.
- SCATTOLIN (A.)**, La volonté de la personne poursuivie. Etude de droit français et aperçus de droits étrangers, Thèse, Poitiers, 1996.
- SCHMIDT (J.)**, Essai sur la notion de principe juridique. Contribution à l'étude des principes généraux du droit en droit positif français, Thèse, Paris, 1955.
- SERVIDIO-DELABRE (E.)**, Le rôle de la chambre d'accusation et la nature de son avis en matière d'extradition passive, *L.G.D.J.*, 1993, *Bibl. sc. crim.*, t. 28, préf. J.-C. SOYER.
- SHIBAHARA (K.)**, La garde à vue et son contrôle en droit comparé, Thèse, Paris II, 1974.
- SILVERA (V.)**, **SALON (S.)**, La fonction publique et ses problèmes actuels, éd. de l'Actualité juridique, 1976.
- SOURZAT (C.)**, La renonciation en procédure pénale, *L.G.D.J.*, 2013, *Bibl. sc. crim.*, t. 56, préf. B. DE LAMY.
- STAECHLE (F.)**, La pratique de l'application des peines, Litec, 1995.
- STATI (M. O.)**, Le standard juridique, Thèse, Paris, 1927.
- STORCK (M.)**, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, *L.G.D.J.*, 1982, *Bibl. dr. privé*, t. 172, préf. D. HUET-WEILLER.
- SUDRE (F.)**, **MARGUENAUD (J.-P.)**, **ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.)**, **GOUTTENOIRE (A.)**, **LEVINET (M.)**, avec la collaboration de **GONZALEZ (G.)**, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, P.U.F., *Thémis droit*, 6^{ème} éd., 2011.
- SYGUT (J.)**, La présomption d'innocence : du principe au droit, Thèse, Metz, 2004.
- SZYMCZAK (D.)**, La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national, Bruylant, 2006.
- TERCINET (M.-R.)**, L'acte conservatoire en droit administratif, *L.G.D.J.*, 1979, *Bibl. dr. pub.*, t. 132, préf. G. PEISER.
- THELLIER DE PONCHEVILLE (B.)**, La condition préalable de l'infraction, P.U.A.M., 2010, préf. A. VARINARD.
- THULLIER (B.)**, L'autorisation. Etude de droit privé, *L.G.D.J.*, *Bibl. dr. privé*, 1996, t. 252, préf. A. BENABENT.
- TROPER (M.)**, La théorie du droit, le droit, l'Etat, P.U.F., *Léviathan*, 2001.
- VALETTE (V.)**, La personne mise en cause en matière pénale, Presses universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, *L.G.D.J.*, 2002, préf. P. CONTE.
- VALTICOS (N.)**, L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, Thèse, Paris, 1948, Sirey, 1953.
- VAN BONG (N.)**, Décision exécutoire et décision faisant grief en droit administratif français, Thèse, Paris, 1960.
- VAN DROOGHENBROECK (S.)**, La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux, Bruylant, 2001, préf. F. TULKENS et F. OST.
- VARINARD (A.)**, La prescription de l'action publique. Sa nature juridique : droit matériel, droit formel, Thèse, Lyon II, 1973.
- VEDEL (G.)**, Essai sur la notion de cause en droit administratif français, Thèse, Toulouse, 1934, Librairie du Recueil Sirey.
- VENEZIA (J.-C.)**, Le pouvoir discrétionnaire, *L.G.D.J.*, 1959, *Bibl. dr. pub.*, t. 17, préf. J. RIVERO.
- VERGES (E.)**, La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire, Thèse, Aix-Marseille, 2000.
- VERNY (E.)**, Le membre d'un groupe en droit pénal, *L.G.D.J.*, 2002, *Bibl. sc. crim.*, t. 37, préf. A. DECOCQ.
- VIENNOT (C.)**, Le procès pénal accéléré. Etude des transformations du jugement pénal, Dalloz, 2012, Nouvelle bibliothèque de thèses, préf. P. PONCELA.

VIRALLY (M.), La pensée juridique, éd. Panthéon-Assas, Les introuvables, L.G.D.J., 1998, avant-propos de P.-M. DUPUY et C. LEBEN.

VIZIOZ (H.), Etudes de procédure, éd. Bière, 1956.

VON JHERING (R.),

- L'évolution du droit (*Zweck im Recht*), éd. Chevalier-Marescq et Cie, Paris, 3^{ème} éd., 1901, O. DE MEULENAERE (trad.).
- L'esprit du droit romain, t. 4, Paris, 3^{ème} éd., 1888.

WASCHEUL (S.), Des moyens de contrainte et d'investigation employés contre les prévenus pour la découverte de la vérité, Thèse, Paris, 1949.

WEBER (M.), Economie et société, t. I, Pocket, coll. Agora, 1995.

WICKER (G.), Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique, L.G.D.J., 1997, Bibl. dr. privé, t. 253, préf. J. AMIEL-DONAT.

WOODLAND (P.), Le procédé de la fiction dans la pensée juridique, Thèse, Paris II, 1981.

ZAÏRI (A.), Le principe de la spécialité de l'extradition au regard des droits de l'homme, L.G.D.J., 1992, Bibl. sc. crim., t. 27, préf. B. BOULOC.

ZENATI (F.), La jurisprudence, Dalloz, Méthodes du droit, 1991.

ZOLLER (E.), Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis, Dalloz, 1^{ère} éd., 2010.

III. ARTICLES, CHRONIQUES, DOCTRINE

ACCOMANDO (G.), **GUERY (C.)**, La sonorisation : un mode légal de preuve ?, D., 2002, chron., p. 2001 et s.

AKANDJI-KOMBE (J.-F.), L'obligation positive d'enquête sur le terrain de l'article 3 CEDH, *in* La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, 2006, C.-A. CHASSIN (dir.), p. 123 et s.

ALBAREDE (M.), Le régime juridique des écoutes téléphoniques judiciaires, Gaz. pal., 1997, doct., p. 1 et s.

ALIX (J.),

- Le dispositif français de protection des victimes de violences conjugales, A.J. pénal, 2014, dossier, p. 208 et s.
- Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives, D., 2011, chron., p. 1699 et s.
- Les hésitations de la politique criminelle, Rev. sc. crim., 2013, chron., p. 677 et s.
- La place de l'homme dans le droit pénal contemporain, *in* Politique(s) criminelle(s), Mélanges C. LAZERGES, Dalloz, 2014, p. 71 et s.

ALLEHAUT (M.), Les droits de la défense, *in* Recueil d'études à la mémoire de M. PATIN, Cujas, 1965, p. 455 et s.

ALLIOT-MARIE (M.), Pour une refondation de la procédure pénale, *in* L'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale, A.J. pénal, 2010, dossier, p. 157 et s.

ALLIX (D.), Le droit à un procès pénal équitable. De l'accusation en matière pénale à l'égalité des armes, Justices, n°10, 1998, p. 19 et s.

AL-SANHOURY (A.-A.), Le standard juridique, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. GENY, t. II, Les sources générales des systèmes juridiques actuels, Lib. E. DUCHEMIN, Paris, 1977, p. 144 et s.

AMBROISE-CASTEROT (C.),

- Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité, A.J. pénal, 2005, dossier, p. 261 et s.
- Le consentement en procédure pénale, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 29 et s.
- Les prélèvements corporels et la preuve pénale, Mélanges P. JULIEN, Edilalix, 2003, p. 9 et s.
- Les empreintes génétiques en procédure pénale, Mélanges B. BOULOC, Dalloz, 2007, p. 19 et s.
- Présomption d'innocence, Rép. pén. Dalloz.
- Droits de la défense et secret de l'instruction, *in* Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges S. GUINCHARD, Dalloz, 2010, p. 887 et s.

- Quelle place pour l'avocat en garde à vue ?, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 1 et s.

AMOR (P.), La réforme pénitentiaire en France, Rev. sc. crim., 1947, p. 1 et s.

AMRANI-MEKKI (S.), Qu'est devenue la pensée de Henri Motulsky ? Les droits de la défense, Procédures, 2012, dossier n°6.

AMSELEK (P.),

- Philosophie du droit et théorie des actes de langage, *in* Théorie des actes, de langage, éthique et droit, P.U.F., 1986, P. AMSELEK (dir.), p. 109 et s.
- L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann, *in* La pensée de Charles Eisenmann, Economica, 1986, P. AMSELEK (dir.), p. 31 et s.
- Norme et loi, Arch. phil. dr., 1980, t. 25, Sirey, 1980, p. 89 et s.
- Brèves réflexions sur la notion de « sources du droit », Arch. phil. dr., 1982, t. 27, p. 251 et s.
- La part de la science dans les activités des juristes, D., 1997, chron., p. 337 et s.
- Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique, R.D.P., 1978, p. 5 et s.
- La question de la vérité aujourd'hui : bref essai de mise en perspective, R.R.J., 2008, p. 625 et s.
- Les vicissitudes de la compétence juridictionnelle en matière d'atteintes administratives à la liberté individuelle, R.D.P., 1965, p. 802 et s.

ANCEL (J.-P.), La protection des droits de la personne dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation, Rapport de la Cour de cassation, 2000, La Documentation française, 2001, p. 55 et s.

ANCEL (M.),

- Les droits de l'homme et le droit pénal, René CASSIN *Amicorum discipulorumque liber*, t. IV, Pedone, Paris, 1972, p. 219 et s.
- La déclaration des droits de l'homme de 1789 et l'évolution du droit pénal français, R.T.D.H., 1990, p. 99 et s.

ANCEL (P.), Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, R.T.D.civ., 1999, p. 771 et s.

ANCEL (P.), L'exécution par la puissance publique, *in* La réforme des procédures civiles d'exécution, R.T.D.civ., n° spécial hors série, Dalloz, 1993, p. 135 et s.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), La conception des libertés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme, N.C.C.C., 2011, n°32, p. 19 et s.

ANGEVIN (H.),

- Mort d'un dogme. A propos de l'instauration, par la loi du 15 juin 2000, d'un second degré de juridiction en matière criminelle, J.C.P., 2000, I, 260.
- Cour d'assises, Jcl. proc. pén., art. 306 à 316, fasc. 30.
- Cour d'assises, Jcl. proc. pén., art. 306 à 316, fasc. 40.

ANZANI (M.), L'article 6-1 du Code de procédure pénale et le faux commis à l'occasion d'une poursuite judiciaire, Dr. pénal, 2006, Etude n°5.

ARLETTAZ (J.), Libertés individuelles et dignité de la personne humaine, *in* Le grand oral : protection des libertés et des droits fondamentaux, Gazette du palais-Lextenso, 8^{ème} éd., 2013, S. GUINCHARD (dir.), p. 545 et s.

ARRIGHI (C.),

- L'extension des pouvoirs propres du président de la chambre d'accusation par la loi du 4 janvier 1993 et celle du 24 août 1993, Rev. sc. crim., 1995, p. 271 et s.
- De la chambre d'accusation à la chambre de l'instruction, R.P.D.P., 2001, p. 123 et s.
- Les pouvoirs du président de la chambre d'accusation après la loi du 30 décembre 1996, Rev. sc. crim., 1998, p. 687 et s.

ASTAING (A.), BASTUCK (N.), De la « géhenne de Florence » à la privation de sommeil en garde à vue, A.J. pénal, 2009, p. 347 et s.

ATIAS (C.),

- Réflexions sur les méthodes de la science du droit, D., 1983, chron., p. 145 et s.
- Observations sur la notion de droit positif, R.R.J., 1980, p. 44 et s.
- Debout les ouvriers du droit ! Autorité et poids de la doctrine, *in* Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges J.-L. AUBERT, Dalloz, 2005, p. 361 et s.

- D'une vaine discussion sur une image inconsistante : la jurisprudence en droit privé, R.T.D.civ., 2007, p. 23 et s.
 - La mission de la doctrine universitaire en droit privé, J.C.P., 1980, I, 2999.
 - Définir les définitions juridiques ou définir le droit ?, R.R.J., 1987, p. 1081 et s.
- ATIAS (C.), LINOTTE (D.),** Le mythe de l'adaptation du droit au fait, D., 1977, chron., p. 251 et s.
- AUBERT (B.),** Droit de l'Union européenne. Application par les juridictions internes, Rev. sc. crim., 2014, chron., p. 423 et s.
- AUBERT (J.-L.),** Faut-il « moduler » dans le temps les revirements de jurisprudence ? ... J'en doute ?, *in* A propos de la rétroactivité de la jurisprudence, R.T.D.civ., 2005, p. 300 et s.
- AUBY (J.-B.),** L'exécution avec le concours de la puissance publique, *in* La réforme des procédures civiles d'exécution, R.T.D.civ., n° spécial hors série, Dalloz, 1993, p. 123 et s.
- AUBY (J.-M.),**
- Le contentieux administratif du service public pénitentiaire, R.D.P., 1987, p. 547 et s.
 - La responsabilité de l'Etat en matière de justice judiciaire, A.J.D.A., 1973, doct., p. 4 et s.
- AULAGNON (L.),** Aperçus sur la force dans la règle de droit, Mélanges P. ROUBIER, t. 1, Dalloz-Sirey, 1961, p. 29 et s.
- AUVRET (P.),** Commentaire de la loi n°2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes, Comm. com. électr., 2010, Etude n°8.
- AYAT (M.),** Le silence prend la parole. La percée du droit de se taire en droit international pénal, R.P.D.P., 2002, p. 705 et s.
- AYDALOT (M.),** Quelques questions à propos de l'expertise, Rec. dr. pénal, 1958, p. 41.
- AYNES (L.),**
- La contrainte en droit des contrats, *in* La contrainte, Economica, Etudes juridiques, 2007, L. GRYNBAUM (dir.), p. 35 et s.
 - L'obligation de loyauté, Arch. phil. dr., 2000, t. 44, p. 195 et s.
- AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), TERRE (F.),** Antithèse de « l'entité » (à propos d'une opinion sur la doctrine), D., 1997, chron., p. 229 et s.
- AZIBERT (G.),**
- Perspectives et prospectives au sujet de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité dans la loi dite « PERBEN 2 », *in* Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 173 et s.
 - La commission nationale d'indemnisation en matière de détention provisoire, Rev. sc. crim., 1985, p. 517 et s.
- BACHELET (O.),**
- La garde à vue, entre inconstitutionnalité virtuelle et inconventionnalité réelle, Gaz. pal., 4-5 août 2010, p. 14 et s.
 - Droits de la défense : transposition ambivalente de la « directive information », Gaz. pal., 31 janv.-1^{er} fév. 2014, n°31 à 32, p. 9 et s.
- BACHELIER (G.),** Le référé-liberté, R.F.D.A., 2002, p. 261 et s.
- BADINTER (R.),**
- Le droit au respect de la vie privée, J.C.P., 1968, I, 2136.
 - La présomption d'innocence, histoire et modernité, Etudes offertes à P. CATALA, Litec, 2001, p. 133 et s.
- BADINTER (R.), GENEVOIS (B.),** Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux, R.F.D.A., 1990, p. 317 et s.
- BANDRAC (M.),** De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas, *in* Le juge entre deux millénaires, Mélanges P. DRAI, Dalloz, 2000, p. 171 et s.
- BARANES (W.), FRISON-ROCHE (M.-A.),** Le souci de l'effectivité du droit, D., 1996, chron., p. 301 et s.
- BARBERGER (C.),** Personnalisation et/ou égalité dans la privation de liberté. Peines et mesures de sûreté dans l'avant-projet de Code pénal et dans le Code de procédure pénale, Rev. sc. crim., 1984, doct., p. 19 et s.
- BARBEROT (C.),** Le renvoi pour réexamen : à propos de quatre décisions de renvoi de la commission de réexamen (*Hakkar, Remli, Van Pelt et Omar*), Dr. pénal, 2002, chron. n°16.

BARTHOUIL (T.), Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé, R.R.J., 1992, p. 343 et s.

BATIFFOL (H.),

- La loi et la liberté, Arch. phil. dr., 1980, t. 25, p. 79 et s.
- Sur la positivité du droit, Mélanges J. DABIN, t. I, Bruylant-Sirey, 1963, p. 3 et s.
- La responsabilité de la doctrine dans la création du droit, R.R.J., 1981, n°2, p. 175 et s.

BATSELE (D.), Police et droits de l'homme : une nécessaire conciliation, in Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, Mélanges P. LAMBERT, Bruylant, 2000, p. 51 et s.

BAYON (J.-C.), Sanction, in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, A.-J. ARNAUD (dir.), L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1993, p. 536 et s.

BAZIN (E.),

- Les nouveaux pouvoirs du JAF en matière de violences au sein des couples, J.C.P., 2010, Etude, 957.
- Violences dans les couples : procédure aux fins de mesures de protection des victimes. A propos du décret du 29 septembre 2010, J.C.P., 2010, aperçu rapide, 986.

BEAUCHARD (J.), Le logement et les procédures civiles d'exécution, in La réforme des procédures civiles d'exécution, R.T.D.civ., n° spécial hors série, Dalloz, 1993, p. 109 et s.

BEAUD (O.),

- La souveraineté dans la « Contribution à la théorie générale de l'Etat » de CARRE DE MALBERG, R.D.P., 1994, p. 1251 et s.
- La constitution de partie civile du chef de l'Etat, D., 2009, p. 2408.

BEAUSSONIE (G.),

- De l'opération de perquisition effectuée ou débutée dans la partie commune d'un habitat collectif, Gaz. pal., 9-11 fév. 2014, n°40 à 42, p. 9 et s.
- La nouvelle garde à vue est-elle plus contradictoire ?, Gaz. pal., 27-29 juill. 2014, n°208 à 210, p. 13 et s.

BEAUSSONIE (G.) et alii, Contribution à l'étude de la notion « d'autorité judiciaire », in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, Thèmes et commentaires, V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), p. 161 et s.

BEAUVAIS (P.),

- L'apport du mandat d'arrêt européen à la coopération pénale internationale, Gaz. pal., 7-9 sept. 2008, n°251 à 253, p. 15 et s.
- Les dispositifs antiterroristes d'exception sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme, R.P.D.P., 2013, p. 163 et s.
- Les perquisitions sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme, R.P.D.P., 2014, p. 97 et s.

BEAUVOIS (R.), Le contrôle de la déontologie des forces de police par la Commission nationale de déontologie de la sécurité, in Police et justice pénale, Arch. pol. crim., n°33, Pedone, 2011, p. 49 et s.

BECUYWE (L.), Procédure pénale et secret défense, Dr. pénal, 2004, chron. n°1.

BEGUIN (J.), Rapport sur l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même » en droit français, Travaux de l'association H. CAPITANT, t. XVIII, 1966, Dalloz, 1969, p. 41.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, Rapport introductif, Petites affiches, 30 sept. 1998, p. 2 et s.

BELDA (B.), L'innovante protection des droits du détenu élaborée par le juge européen des droits de l'homme, A.J.D.A., 2009, p. 406 et s.

BENABENT (A.), Le discrétionnaire, Etudes P. MALINVAUD, Litec, 2007, p. 11 et s.

BENILLOUCHE (M.),

- Le Code de procédure pénale : chronique d'une mort annoncée..., R.R.J., 2009, n°4, P.U.A.M., 2010, p. 1909 et s.
- Les sources internationales de la justice pénale des mineurs, R.P.D.P., 2013, p. 535 et s.

BENOIT (F.-P.), Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel, Mélanges G. PEISER, Droit public, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 23 et s.

BENOIT-ROHMER (F.), Il faut sauver le recours individuel..., D., 2003, chron., p. 2584 et s.

BERGEAUD-WETTERWALD (A.),

- Le respect de la présomption d'innocence. Le point de vue du pénaliste, *in* Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal, Cujas, Actes & études, 2013, F. HOURQUEBIE et V. PELTIER (dir.), p. 59 et s.
- Du bon usage du principe de loyauté des preuves ? (A propos de l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 7 janvier 2014), *Dr. pénal*, 2014, Etude n°7.

BERGEL (J.-L.),

- Une problématique des sanctions pénales ?, *in* Sciences pénales et sciences criminologiques, Mélanges R. GASSIN, P.U.A.M., 2007, p. 89 et s.
- Différence de nature égale différence de régime, *R.T.D.civ.*, 1984, p. 255 et s.
- Esquisse d'une approche méthodologique de la recherche juridique, *R.R.J.*, 1996, p. 1073 et s.
- Avant-propos (les standards dans les divers systèmes juridiques), *R.R.J.*, 1988, p. 805 et s.
- « La loi du juge ». Dialogue ou duel ?, *Etudes P. KAYSER*, t. I, P.U.A.M., 1979, p. 21 et s.
- Importance, opportunité et rôle des définitions dans les textes législatifs et réglementaires, *R.R.J.*, 1987, p. 1119 et s.
- Regard sur la recherche en droit, *in* L'homme et le droit, En hommage au Professeur Jean-François FLAUSS, Pedone, 2014, p. 53 et s.

BERGER (V.), Le droit au recours et la procédure devant la CEDH, *D.*, 2010, chron., p. 2605 et s.

BERGEREAU (L.) et alii, L'avenir du juge d'instruction, *Dr. pénal*, 2007, Etude n°12.

BERR (C.-J.), La retenue douanière, une copie à revoir, *D.*, 2010, point de vue, p. 2301 et s.

BERRAMDANE (A.), Considérations sur les perspectives de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, *R.D.U.E.*, 2009, p. 441 et s.

BERRO-LEFEVRE (I.), La vision de la Cour européenne des droits de l'homme, *in* Réforme de l'ordonnance de 1945 : le rapport Varinard, *A.J. pénal*, 2009, dossier, p. 17 et s.

BESSION (A.),

- Des règles de l'expertise élaborées par le Code de procédure pénale, *D.*, 1960, chron., p. 51 et s.
- L'origine, l'esprit et la portée du Code de procédure pénale, *Rev. sc. crim.*, 1959, p. 271 et s.
- La police judiciaire et le Code de procédure pénale, *D.*, 1958, chron., p. 129 et s.
- Le secret de la procédure pénale et ses incidences, *D.*, 1959, chron., p. 191 et s.

BIGOT (C.), Un an de droit processuel de la presse, *Comm. com. électr.*, 2010, chron. « un an de... » n°3.

BILGER (P.), DAVET (G.), GAUTIER (P.-Y.), Le secret et les journalistes, *in* Le secret et les professionnels, *R.D.A.*, n°4, 2011, p. 64 et s.

BIMES-ARBUS (S.), Les pouvoirs du président de la chambre d'accusation, *Petites affiches*, 22 fév. 2000, p. 4 et s.

BIOY (X.), Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel, essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse), *R.I.D.comp.*, 2003, p. 123 et s.

BLOCH (E.),

- Le refus de se soumettre au prélèvement sanguin, *J.C.P.*, 1961, I, 1622 bis.
- Quatre ans de répression de la conduite en état d'ivresse et du refus de prélèvement sanguin, *J.C.P.*, 1962, I, 1737.
- Le contrôle judiciaire. Un instrument délicat à jouer, *Gaz. pal.*, 1970, doct., p. 231 et s.

BLONDET (M.),

- L'utilisation par les juridictions répressives des procès-verbaux d'enquête officieuse, *J.C.P.*, 1955, I, 1267.
- La légalité de l'enquête officieuse, *J.C.P.*, 1955, I, 1233.
- L'enquête préliminaire dans le nouveau Code de procédure pénale, *J.C.P.*, 1959, I, 1513.
- Les pouvoirs de la police et de la gendarmerie au cours de l'enquête préliminaire, *J.C.P.*, 1956, I, 1311.
- Les ruses et les artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire, *J.C.P.*, 1958, I, 1419.

BOBBIO (N.), Sur le positivisme juridique, *Mélanges P. ROUBIER*, t. I, Dalloz-Sirey, 1961, p. 53 et s.

BOLARD (G.),

- Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky, J.C.P., 1993, I, 3693.
- Les juges et les droits de la défense, Etudes offertes à P. BELLET, Litec, 1991, p. 49 et s.
- De la responsabilité pénale du juge, J.C.P., 2005, I, 190.

BOLLE (A.), De l'autorisation donnée par la loi pénale de saisir un bien immeuble, A.J. pénal, 2008, p. 316 et s.

BOLZE (C.), Le refus d'informer : une sanction exceptionnelle en procédure pénale, Rev. sc. crim., 1982, p. 311 et s.

BON (P.), Le Conseil constitutionnel et la notion de « droits et libertés que la Constitution garantit », in L'homme et le droit, En hommage au Professeur Jean-François FLAUSS, Pedone, 2014, p. 101 et s.

BONFILS (P.),

- Les dispositions relatives aux mineurs de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II, J.C.P., 2004, I, 140.
- Faut-il changer notre procédure pénale ?, D., 2010, point de vue, p. 158 et s.
- La réforme de l'ordonnance de 1945 par la loi prévention de la délinquance, A.J. pénal, 2007, dossier, p. 209 et s.
- L'autonomie du juge pénal, in Les droits et le Droit, Mélanges B. BOULOC, Dalloz, 2007, p. 47 et s.
- La réforme du droit pénal des mineurs par la loi du 10 août 2011, D., 2011, chron., p. 2286 et s.
- Libres propos sur la situation du mineur délinquant devenu majeur, Dr. pénal, 2007, Etude n°25.
- Présentation des préconisations de la commission Varinard, in Réforme de l'ordonnance de 1945 : le rapport Varinard, A.J. pénal, 2009, dossier, p. 9 et s.
- La primauté de l'éducation sur la répression, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 55 et s.
- La constitutionnalisation du droit pénal des mineurs délinquants, in Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal, Cujas, Actes et études, 2013, F. HOURQUEBIE et V. PELTIER (dir.), p. 103 et s.
- Pour un article préliminaire en droit pénal des mineurs, in Politique(s) criminelle(s), Mélanges C. LAZERGES, Dalloz, 2014, p. 469 et s.

BONFILS (P.), LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), Tentative de clarification de la loyauté de la preuve en matière pénale, in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, Thèmes et commentaires, V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), p. 247 et s.

BONIS-GARÇON (E.),

- La détention provisoire pour manquement au contrôle judiciaire, J.C.P., 2002, I, 159.
- L'identification de la sanction pénale. Le point de vue du pénaliste, in Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal, Cujas, Actes & études, 2013, F. HOURQUEBIE et V. PELTIER (dir.), p. 145 et s.

BONIS-GARÇON (E.), DECIMA (O.), Grâce et disgrâce des instructions hiérarchiques. A propos de la loi du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, J.C.P., 2013, 955.

BONNARD (R.),

- La conception juridique de l'Etat, R.D.P., 1922, p. 5 et s.
- La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl, R.D.P., 1928, p. 668 et s.
- La conception matérielle de la fonction juridictionnelle, Mélanges R. CARRE DE MALBERG, Sirey, 1933, p. 3 et s.

BONNEAU (T.), Variations sur la jurisprudence, « source du droit triomphante mais menacée », Mélanges M. GOBERT, Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert, Economica, 2004, p. 127 et s.

BONNIEU (M.), Le juge d'instruction et les empreintes génétiques à l'aube du troisième millénaire, R.P.D.P., 2000, p. 202 et s.

BORE (L.),

- Partie civile, détention provisoire et contrôle judiciaire : l'incertitude, J.C.P., 2012, 1393.
- La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2002, I, 104.

BORRICAND (J.),

- La technique des empreintes génétiques (situation en droit français), R.I.D.P., 1989, p. 68 et s.
- Commentaire de la loi n°87-1157 du 31 décembre 1987 relative à la lutte contre le trafic de stupéfiants et modifiant certaines dispositions du Code pénal, J.C.P., 1988, I, 3337.

BOSSAN (J.), La protection du secret des sources des journalistes en procédure pénale, Dr. pénal, 2010, Etude n°14.

BOT (Y.), L'évolution des prérogatives du ministère public français, Mélanges P. LEGER, Le droit à la mesure de l'homme, Pedone, 2006, p. 25 et s.

BOTTON (A.),

- Futur Code de procédure pénale : une consécration en trompe-l'œil de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, J.C.P., 2010, Etude, 674.
- Droit à l'information dans le cadre des procédures pénales : un projet de loi contrasté, D., 2014, p. 431 et s.

BOUCHARD (V.), Le droit de recours en matière pénale, Petites affiches, 21 juin 2002, p. 11 et s.

BOUDON (J.), Le Conseil constitutionnel s'est-il trompé de Constitution ? A propos de ce que devrait être la modulation dans le temps des effets de ses décisions, J.C.P., 2010, libres propos, 961.

BOUJU (D.), Le détenu face aux mesures d'ordre intérieur, R.D.P., 2005, p. 597 et s.

BOULAN (F.),

- Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive, J.C.P., 1973, I, 2563.
- La conformité de la procédure pénale française avec la Convention européenne des droits de l'homme, Mélanges J. LARGUIER, Presses universitaires de Grenoble, 1993, p. 21 et s.
- Le secret de l'enquête et de l'instruction, Etudes offertes à P. KAYSER, P.U.A.M., 1979, t. 1, p. 127 et s.
- La réforme de l'instruction, Mélanges A. VITU, Cujas, 1989, p. 51 et s.

BOULANGER (J.),

- Principes généraux du droit et droit positif, Mélanges G. RIPERT, t. I, L.G.D.J., 1950, p. 51 et s.
- Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile, R.T.D.civ., 1961, p. 417 et s.

BOULOC (B.),

- Opportunité d'une loi pénitentiaire... pour les détenus, R.P.D.P., 2005, p. 37 et s.
- L'instruction par le juge d'instruction après la loi du 24 août 1993, R.P.D.P., 1994, p. 89 et s.
- Remarques sur l'évolution de la prescription de l'action publique, Mélanges C. GAVALDA, Propos impertinents de droit des affaires, Dalloz, 2001, p. 57 et s.
- Observations sur les nullités en matière de procédure pénale, Mélanges P. COUV RAT, P.U.F., 2001, p. 417 et s.
- Le silence de la personne mise en examen peut-il justifier sa mise en détention ?, D., 1995, chron., p. 315 et s.
- Communication *in* Le droit au silence et la détention provisoire, Droit et justice n°16, Bruylant, 1997, p. 29 et s.
- L'avocat et la défense pénale, *in* Regards sur la défense pénale, *Liber amicorum* V. DURTETTE, Mare et martin, Droit et science politique, 2009, p. 21 et s.
- De quelques transformations de l'instruction préparatoire, R.P.D.P., 2000, p. 39 et s.
- Les abus en matière de procédure pénale, Rev. sc. crim., 1991, p. 221 et s.
- De quelques transformations de l'instruction préparatoire, R.P.D.P., 2000, p. 39 et s.
- Le référé en matière pénale, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 193 et s.

BOURDIEU (P.), La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique, Actes de la recherche en sciences sociales, sept. 1986, n°64, p. 3 et s.

BOURGEOIS (B.), HEGEL, *in* Dictionnaire de philosophie politique, P.U.F., Quadrige, 2003, P. RAYNAUD et S. RIALS (dir.), p. 313 et s.

BOUTEILLER (P.), La notification des ordonnances de non-lieu ou les insuffisances de l'article 183 du Code de procédure pénale, J.C.P., 1981, I, 3033.

BOUZAT (P.),

- La protection de la liberté individuelle durant l'instruction, R.I.D.P., 1953, p. 109 et s.
- La loyauté dans la recherche des preuves, Recueil d'études en hommage à L. HUGUENEY, Paris, Sirey, 1964, p. 155 et s.

BOY (L.), Réflexions sur l'action en justice, R.T.D.civ. 1979, p. 497 et s.

BRAULT-JAMIN (V.), La réforme de la procédure dite du « référé-liberté ». Chronique d'un échec peut-être remédiable, R.P.D.P., 1997, p. 159 et s.

BRAUNSCHWEIG (A.), La procédure pénale en droit français, R.I.D.P., 1993, p. 1089 et s.

BREDIN (J.-D.),

- Deux institutions nouvelles du Code de procédure pénale (Livre V) : le juge de l'application des peines et le sursis avec mise à l'épreuve, J.C.P., 1959, I, 1517.
- Les renoncements au bénéfice de la loi en droit privé français, Travaux de l'Association H. CAPITANT, t. XIII, 1959-1960, Dalloz, 1963, p. 355 et s.

BREILLAT (D.), La hiérarchie des droits de l'homme, *in* Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges P. ARDANT, L.G.D.J., 1999, p. 353 et s.

BRENNER (C.),

- L'ineffectivité de l'exécution forcée, *in* Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité, éd. Juridiques et Techniques, coll. Droit et procédures, Paris, 2007, C. BRENNER (dir.), p. 43 et s.
- Les décisions dépourvues d'autorité de chose jugée, Procédures, 2007, Etude n°13.

BRETAUDEAU (P.), La désignation du juge d'instruction, Petites affiches, 12 août 1992, p. 30 et s., 14 août 1992 (suite), p. 14 et s., 17 août 1992 (fin), p. 4 et s.

BROUCHOT (J.),

- L'arrêt Laurent-Atthalin, sa genèse et ses conséquences, Recueil d'études à la mémoire de M. PATIN, Cujas, 1965, p. 411 et s.
- La chambre d'accusation, J.C.P., 1959, I, 1485.
- La chambre d'accusation, Rev. sc. crim., 1959, p. 327 et s.
- La cour d'assises sous le régime du Code de procédure pénale, J.C.P., 1959, I, 1479.

BROUILLAUD (J.-P.), Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées, D., 1996, chron., p. 98 et s.

BRUN (P.), Sources sulfureuses : remarques cursives sur l'office de la doctrine, Mélanges P. JESTAZ, Dalloz, 2006, p. 67 et s.

BRUSCHI (M.), La contrainte en droit de la consommation, *in* La contrainte, Economica, Etudes juridiques, 2007, L. GRYNBAUM (dir.), p. 74 et s.

BUCH (H.), La nature des principes généraux du droit, Rapports belges au IVème Congrès international de droit comparé, Bruylant, 1962, p. 55 et s.

BUISSON (J.),

- Les leçons de l'histoire sur la notion de police judiciaire, *in* Une certaine idée du droit, Mélanges A. DECOCQ, Litec, 2004, p. 33 et s.
- La contrainte, *in* Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges S. GUINCHARD, Dalloz, 2010, p. 915 et s.
- La notion de la force publique, *in* Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 207 et s.
- La déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : loi du 25 février 2008, Procédures, 2008, Etude n°4.
- Le référé-détention du procureur de la République issu de la loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 (C.P.P. art. 148-1-1 et 187-3 nouveaux), Procédures, 2002, chron. n°13.
- Contrôles, vérifications et relevés d'identité. – Contrôles et relevés d'identité, Jcl. proc. pén., art. 78-1 à 78-6, fasc. 10.
- Des contrôles d'identité requis aux fouilles requises, Procédures, 2002, chron. n°3.
- La loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, Procédures, 2011, Etude n°5.
- Les limites de l'intime conviction du juge répressif, Procédures, 2000, chron. n°6.

- La responsabilité pécuniaire du fait d'un acte de police dommageable, élément de la garantie du citoyen, *in* Politique(s) criminelle(s), Mélanges C. LAZERGES, Dalloz, 2014, p. 477 et s.
 - La géolocalisation enfin prévue par une loi..., Procédures, 2014, Etude n°10.
- BURGELIN (J.-F.)**, L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, Mélanges P. LEGER, Pedone, 2006, p. 127 et s.
- BURGORGUE-LARSEN (L.)**, L'influence de la Convention européenne sur le *fonctionnement* des cours constitutionnelles, R.I.D.comp., 2008, p. 265 et s.
- BUSSY (F.)**,
- Justice et médias, D., 2010, chron., p. 2526 et s.
 - La consécration par le juge français du respect de la dignité humaine, Etudes J. NORMAND, Litec, 2003, p. 61 et s.
- BYK (C.)**,
- La loi relative au respect du corps humain, J.C.P., 1994, I, 3788.
 - Tests génétiques et preuve pénale, R.I.D.comp., 1998, p. 683 et s.
- CADIET (L.)**,
- Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès, Etudes J. NORMAND, Litec, 2003, p. 71 et s.
 - L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence ?, *in* La Cour de cassation et l'élaboration du droit, Economica, 2004, Etudes juridiques, n°20, N. MOLFESSIS (dir.), p. 41 et s.
 - Le juge unique en question, *in* Les juges uniques : dispersion ou réorganisation du contentieux ? (XXI^e colloque des Instituts d'études judiciaires), Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, p. 5 et s.
- CALAIS-AULOY (M.-T.)**, Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles), Petites affiches, 9 août 1999, n°157, p. 4 et s.
- CALLEWAERT (J.)**, L'article 3 de la Convention européenne : une norme relativement absolue ou absolument relative ?, *Liber amicorum* M.-A. EISSEN, Bruylant-L.G.D.J., 1995, p. 13 et s.
- CAMOUS (E.)**,
- Les saisies en procédure pénale : un régime juridique modernisé, Dr. pénal, 2011, Etude n°1.
 - Les saisies en procédure pénale : un régime juridique éparpillé, Dr. pénal, 2010, Etude n°5.
- CAMOUS (E.)**, **COTELLE (G.)**, La mise en état patrimonial des affaires pénales, Dr. pénal, 2013, Etude n°12.
- CANIVET (G.)**, La Cour de cassation et la doctrine. Effets d'optique, Mélanges J.-L. AUBERT, Dalloz, 2005, p. 373 et s.
- CANIVET (G.)**, **MOLFESSIS (N.)**, La politique jurisprudentielle, *in* La création du droit jurisprudentiel, Mélanges J. BORE, Dalloz, 2007, p. 79 et s.
- CAPDEPON (Y.)**,
- Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ?, Dr. pénal, 2007, Etude n°15.
 - Le principe de la garantie des droits de la défense. Le point de vue du pénaliste, *in* Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal, Cujas, Actes & études, 2013, F. HOURQUEBIE et V. PELTIER (dir.), p. 79 et s.
- CARBASSE (J.-M.)**, Secret et justice, les fondements historiques du secret de l'instruction, *in* Clés pour le siècle, Université Panthéon-Assas, Paris, Dalloz, 2000, p. 1243 et s.
- CARBONNIER (J.)**,
- Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille, *in* Les notions à contenu variable en droit, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, 1984, p. 99 et s.
 - *De minimis*..., Mélanges J. VINCENT, Dalloz, 1981, p. 29 et s.
 - Il y a plus d'une définition dans la maison du droit, Droits, 1990, Définir le droit /2, p. 5 et s.
 - Les renoncements au bénéfice de la loi en droit privé. Rapport général, Travaux de l'Association H. CAPITANT, t. XIII, 1959-1960, Dalloz, 1963, p. 283 et s.
- CARCASSONNE (G.)**, Le statut pénal du chef de l'Etat : le point de vue du constitutionnaliste, R.P.D.P., 2004, p. 139 et s.

CARDET (C.),

- Le contrôle judiciaire socio-éducatif : 1970-1993, chronique d'une expérience qui dure..., Rev. sc. crim., 1994, p. 503 et s.
- Quelle consécration pour le contrôle judiciaire socio-éducatif dans la loi du 15 juin 2000 ?, Rev. sc. crim., 2001, doct., p. 537 et s.
- L'incontrôlable contrôle judiciaire « socio-éducatif » ?, D., 2002, chron., p. 1221 et s.
- La mise en œuvre du placement sous surveillance électronique, D., 2003, chron., p. 1782 et s.
- Le principe de subsidiarité de la détention provisoire, Mélanges R. OTTENHOF, Dalloz, 2006, p. 297 et s.

CARON (D.),

- Tribunal correctionnel, Jcl. proc. pén., art. 464-1 à 472, fasc. 20.
- Contrôle judiciaire et détention provisoire. Détention provisoire, Jcl. proc. pén., art. 137 à 150, fasc. 30.
- La garantie des droits reconnus à la personne suspectée ou poursuivie dans la jurisprudence récente de la chambre criminelle, Rapport de la Cour de cassation 2000, La protection de la personne, La documentation française, 2001, p. 213 et s.

CARTIER (M.-E.),

- Rapport introductif *in* Le mandat d'arrêt européen, Bruylant, 2005, Droit de l'Union européenne, M.-E. CARTIER (dir.), p. 20.
- La judiciarisation de l'exécution des peines, Rev. sc. crim., 2001, p. 87 et s.

CASORLA (F.),

- Les principes directeurs du procès pénal, principes généraux du droit ? Essai de clarification, *in* Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 53 et s.
- La célérité du procès pénal en droit français, R.I.D.P., 1995, p. 521 et s.
- Les mesures restrictives de liberté en droit français, *in* Les atteintes à la liberté avant jugement en droit pénal comparé, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, n°11, Cujas, 1992, J. PRADEL (dir.), p. 319 et s.
- L'approche du magistrat, *in* Inquisitoire-accusatoire : un écroulement des dogmes en procédure pénale ?, R.I.D.P., 1997, p. 83 et s.
- Le point de vue du magistrat. Vers l'inconstitutionnalité pour inconvictionnalité du Code de procédure pénale ?, *in* Garde à vue : la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, R.P.D.P., 2010, dossier spécial, p. 609 et s.
- Et un, et deux, et trois... et quatre voies de recours en matière pénale ou l'art du masochisme juridique, R.P.D.P., 2003, p. 549 et s.

CASSIA (P.),

- Les gardes à vue « particulières » ne sont plus conformes à la Constitution, D., 2010, point de vue, p. 1949 et s.
- Pour une vraie « normalisation » du statut contentieux du président de la République, *in* Politique(s) criminelle(s), Mélanges C. LAZERGES, Dalloz, 2014, p. 365 et s.

CASSIN (R.), Droits de l'homme et méthode comparative, R.I.D.comp., 1968, p. 449 et s.**CASSUTO (T.),** La directive concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, A.J. pénal, 2014, dossier, p. 338 et s.**CATALA (P.),** A propos de l'ordre public, Mélanges P. DRAI, Dalloz, 2000, p. 511 et s.**CAYLA (O.),**

- La théorie de la signification de l'acte dans la pensée normativiste, Droits, 1988, n°7, p. 59 et s.
- La fiction. Ouverture : le jeu de la fiction entre « comme si » et « comme ça », Droits, 1995, n°21, p. 3 et s.
- La qualification. Ouverture : la qualification, ou la vérité du droit, Droits, 1993, n°18, p. 3 et s.

CAYROL (N.), Réflexions sur le comminatoire, *in* Hommage en l'honneur de Grégoire FOREST, Dalloz, 2014, p. 75 et s.**CEDRAS (J.),** Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé, R.I.D.P., 1998, p. 341 et s.**CERE (J.-P.),**

- Les sanctions disciplinaires en prison, A.J. pénal, 2005, p. 393 et s.
- Le nécessaire contrôle du pouvoir disciplinaire dans les prisons françaises, Rev. sc. crim., 1994, chron., p. 597 et s.

- Réflexions sur l'isolement disciplinaire en milieu carcéral au regard des droits de l'homme, R.P.D.P., 1994, p. 109 et s.
- Le décret du 2 avril 1996 et le nouveau régime disciplinaire applicable aux détenus, R.F.D.A., 1997, p. 614 et s.
- L'influence du droit européen sur le droit de l'exécution des peines, R.P.D.P., 2005, p. 263 et s.
- La mutation du droit pénitentiaire, *in* Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 241 et s.
- L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le procès disciplinaire en prison, J.C.P., 2001, I, 316. La consécration de la juridictionnalisation du droit de l'application des peines par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004, R.P.D.P., 2004, p. 433 et s.
- La loi du 24 novembre 2009 : aspects de procédure pénale et de droit pénitentiaire, Dr. pénal, 2010, Etude n°2.

CERE (J.-P.), FAUCHER (P.), Le juge de l'application des peines et le milieu fermé : entre évolutions et contre-révolutions, R.P.D.P., 2013, p. 521 et s.

CERE (J.-P.), PECHILLON (E.), Le contrôle du placement à l'isolement : une nouvelle étape dans la formation du droit pénitentiaire, R.P.D.P., 2003, p. 389 et s.

CHABAS (F.), La réforme de l'astreinte, D., 1992, chron., p. 299 et s.

CHABERT (B.), SUR (P.-O.), Le point en matière de nullités de procédure pénale au fil des cent dernières décisions de la chambre d'accusation de Paris, Gaz. pal., 1997, doct., p. 1473 et s.

CHAGNOLLAUD (D.), Droit pénal et droit constitutionnel : sur un couple uni, *in* Code pénal et Code d'instruction criminelle. Livre du bicentenaire, Dalloz, 2010, p. 83 et s.

CHAMBON (P.),

- Les nullités substantielles ont-elles leur place dans l'instruction préparatoire ?, J.C.P., 1954, I, 1170.
- La règle « le juge d'instruction ne peut prendre part au jugement des affaires qu'il a instruites » peut-elle être retournée ?, J.C.P., 1956, I, 1279.
- Analyse et réflexions sur la loi n°84-576 du 9 juillet 1984, tendant à renforcer les droits des personnes en matière de placement en détention provisoire et d'exécution d'un mandat de justice, J.C.P., 1985, I, 3174.
- La prolongation de la détention préventive, son régime et sa portée, J.C.P., 1961, I, 1627.
- L'interruption de la prescription de l'action publique, Gaz. pal., 1953, doct., p. 21 et s.
- Le juge d'instruction face au Code de procédure pénale, J.C.P., 1959, I, 1531 bis.
- La loi n°87-1062 du 30 décembre 1987 relative aux garanties individuelles en matière de placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire et portant modification du Code de procédure pénale : réflexions sur la législation ; analyse et appréciation de la loi, J.C.P., 1988, I, 3335.
- La loi n°89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le Code de procédure pénale et relative à la détention provisoire, J.C.P., 1989, I, 3417.
- L'ouverture forcée du coffre des véhicules automobiles, J.C.P., 1980, I, 2983.
- De la légalité des écoutes téléphoniques, concernant un inculpé, ordonnées par le juge d'instruction, J.C.P., 1981, I, 3029.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.),

- La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français, D., 1995, chron., p. 323 et s.
- Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative, Mélanges M. TROPER, L'architecture du droit, Economica, 2006, p. 267 et s.
- Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative ?, *in* Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de D. LOCHAK, Droit et société, Recherches et travaux, n°14, L.G.D.J., 2007, p. 251 et s.
- Des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : effets et enjeux d'un changement de dénomination, *in* Mutation ou crépuscule des libertés publiques, *Jus Politicum*, Rev. dr. pol., 2011, n°5, p. 71 et s.
- Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ?, *in* Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?, *Jus Politicum*, Rev. dr. pol., 2012, n°7.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), TROPER (M.), Proposition pour une théorie des contraintes juridiques, *in* Théorie des contraintes juridiques, Bruylant-L.G.D.J., La pensée juridique, 2005, M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), p. 11 et s.

CHAPLEAU (B.), L'audition libre des mineurs à l'aune de la loi du 27 mai 2014, D., 2014, p. 1506 et s.

CHAPUS (R.),

- De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif, D., 1966, chron., p. 99 et s.
- Georges Vedel et l'actualité d'une « notion fonctionnelle » : l'intérêt d'une bonne administration de la justice, R.D.P., 2003, p. 3 et s.
- Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative, Mélanges C. EISENMANN, Cujas, 1975, p. 265 et s.

CHARLIER (R.-E.),

- La technique de notre droit public est-elle appropriée à sa fonction ?, E.D.C.E., 1951, p. 32 et s.
- Circulaires, instructions de service et autres prétendues mesures d'ordre intérieur administratives, J.C.P., 1954, I, 1169.

CHARRIERE-BOURNAZEL (C.),

- Garde à vue : le sursaut républicain, D., 2010, entretien, p. 1928.
- Les contraintes appliquées à un avocat : perquisitions et interceptions des communications téléphoniques, *in* La défense pénale, R.P.D.P., 2010, n° spécial, p. 53 et s.

CHAUMONT (C.), Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel, R.D.P., 1942, p. 93 et s.

CHAVAGNON (A.), La protection des sources des journalistes : la décevante loi n°2010-1 du 4 janvier 2010, D., 2010, p. 275 et s.

CHAVANNE (A.),

- Les problèmes posés par l'institution du juge à l'application des peines. Rapport de synthèse présenté au Xes journées de Défense sociale (Lyon, 7-8 juin 1962), Rev. sc. crim., 1962, chron., p. 801 et s.
- La protection de la personne dans le procès pénal en droit français, *in* La protection de la personne dans le procès pénal, suppl. à la Rev. sc. crim., n°3, 1967, Sirey, p. 11 et s.

CHAVENT-LECLERE (A.-S.),

- Commentaire de la loi n°2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, Procédures, 2011, Etude n°11.
- Q.P.C. : un point sur la transmission des questions relatives à la procédure pénale depuis janvier 2011, Procédures, 2011, Etude n°6.
- Adaptation de procédure pénale aux engagements européens : loi n°2013-711 du 5 août 2013, Procédures, 2013, Etude n°11.
- La garde à vue est morte, vive la garde à vue ! A propos de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011, Procédures, 2011, Etude n°7.

CHENOT (B.), La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat, E.D.C.E., 1950, p. 77 et s.

CHETARD (G.), La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Rev. sc. crim., 2013, p. 51 et s.

CHEVALLIER (J.),

- Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique, R.D.P., 1998, p. 659 et s.
- Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle, Mélanges M. STASSINOPOULOS, L.G.D.J., 1974, p. 275 et s.

CHEVALLIER (J.-Y.), L'application des peines dans le décret du 13 décembre 2004 (JAP, TAP, CHAPCA), Mélanges B. BOULOC, Dalloz, 2007, p. 137 et s.

CHIAVARIO (M.), La grande criminalité et les exigences du respect des droits de l'homme dans les démocraties européennes, R.P.D.P., 1997, p. 249 et s.

CHOPIN (F.), Vers un nouveau modèle de justice pénale ?, Mélanges R. GASSIN, P.U.A.M., 2007, p. 135 et s.

CHOQUET (L.), LEON (A.), La demande de réquisition de la force publique en matière d'expulsion : un assouplissement confirmé des conditions de recevabilité, *Dr. et procédures*, 2012, p. 91 et s.

CIMAMONTI (S.),

- La détention provisoire injustifiée, *Mélanges R. GASSIN, P.U.A.M.*, 2007, p. 147 et s.
- L'ordre public et le droit pénal, *in* L'ordre public à la fin du XXème siècle, T. REVET (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1996, p. 89 et s.

CIMAMONTI (S.), PERRIER (J.-B.), Perspectives européennes. L'avenir de la justice pénale et l'Union européenne, *in* Problèmes actuels de sciences criminelles, t. XXIV, P.U.A.M., 2013, p. 139 et s.

CLEMENT (G.),

- Le secret de la preuve pénale, *Mélanges B. BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 183 et s.
- De la règle « pas de nullité sans grief » en droit judiciaire privé et en procédure pénale, *Rev. sc. crim.*, 1984, p. 433 et s.
- Regards sur les nullités en matière pénale, *in* Regards sur la défense pénale, *Liber amicorum V. DURTETTE*, Mare et martin, Droit et science politique, 2009, p. 99 et s.

CLEMENT (G.), CLEMENT (B.), Le double visage des perquisitions et saisies, *in* Questions de droit pénal international, européen et comparé, *Mélanges A. FOURNIER*, Presses universitaires de Nancy, 2013, p. 59 et s.

CLEMENT (G.), VICENTINI (J.-P.), L'écoute incidente, genèse d'une poursuite, *Rev. sc. crim.*, 1997, p. 597 et s.

CLERC (F.), La détention préventive en Suisse, *Rev. sc. crim.*, 1975, p. 61 et s.

COCATRE-ZILGIEN (A.), La nature juridique des mesures d'ordre intérieur en droit administratif français, *R.I.S.A.*, 1958, p. 487 et s.

COHEN-JONATHAN (G.),

- Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme, *Mélanges L.-E. PETTITI*, Bruylant, 1998, p. 165 et s.
- Conclusions générales, *in* Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits, Bruylant, 1996, p. 159 et s.
- Quelques considérations sur la réparation accordée aux victimes d'une violation de la Convention européenne des droits de l'homme, *Mélanges P. LAMBERT*, Bruylant, 2000, p. 109 et s.

COLOMB (C.),

- Nullité de l'expertise, *A.J. pénal*, 2005, dossier, p. 187 et s.
- Nullité des contrôles d'identité, *A.J. pénal*, 2005, p. 139 et s.
- Nullité de la détention provisoire, *A.J. pénal*, 2005, p. 185 et s.

COLONNA D'ISTRIA (F.), Le mythe des « définitions dans la loi ». Exemples de droit des obligations, *Mélanges J.-L. BERGEL*, Le droit entre autonomie et ouverture, Bruylant, 2013, p. 61 et s.

COLONNA D'ISTRIA (H.), Le pourvoi en cassation et la Convention européenne des droits de l'homme, *R.P.D.P.*, 1999, p. 489 et s.

COMBALDIEU (R.), Le juge et la vérité. Aspects de droit pénal, *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXVI, 1978, p. 315 et s.

COMMARET (D.-N.),

- La procédure pénale vue comme modèle éthique et déontologique des professions judiciaires, *in* La procédure pénale en quête de cohérence, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 313 et s.
- Les métamorphoses de la preuve, *R.P.D.P.*, 2003, p. 735 et s.
- L'article préliminaire du Code de procédure pénale, simple rappel des principes directeurs du procès pénal, disposition créatrice de droit ou moyen de contrôle de la légalité de la loi ?, *in* Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, *Mélanges J. PRADEL*, Cujas, 2006, p. 71 et s.
- La défense du prévenu absent, *Rev. sc. crim.*, 2003, p. 809 et s.
- Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat, *D.*, 1998, chron., p. 262 et s.
- La procédure de réexamen, *Rev. sc. crim.*, 2002, p. 348 et s.
- Le mandat d'arrêt européen, *Rev. sc. crim.*, 2005, chron., p. 326 et s.

CONFORTI (B.), L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, *in* L'Europe des droits fondamentaux, Mélanges en hommage à A. WEITZEL, Pedone, 2013, p. 21 et s.

CONTAMINE (A.), Poursuites judiciaires et pirates somaliens : la nouvelle équation, A.J. pénal, 2010, pratiques, p. 330 et s.

CONTE (P.),

- Un aspect de l'apparence vraisemblable au stade policier de la procédure pénale (aperçus sur la notion d'apparence en procédure pénale), *Rev. sc. crim.*, 1985, p. 471 et s.
- Les galeux de la République. A propos de « l'affaire d'Outreau », *J.C.P.*, 2006, I, 101.
- LOPPSI 2 ou la sécurité à la petite semaine. A propos de la loi du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, *J.C.P.*, 2011, doctr., 626.
- La part de la doctrine dans la création du droit pénal, *R.D.A.*, n°3, fév. 2011, p. 69 et s.
- L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur, *J.C.P.*, 1988, I, 3343.
- Aux fous ?, *Dr. pénal*, 2008, repère n°4.
- « Effectivité », « inefficacité », « sous-effectivité », « surefficacité »... : variations pour droit pénal, *Etudes offertes à P. CATALA, Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Litec, Paris, 2001, p. 125 et s.*
- Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal, *Etudes offertes à J. BEGUIN, Droit et actualité, Litec, 2005, p. 141 et s.*
- La nature juridique des procédures « alternatives aux poursuites » : de l'action publique à l'action à fin publique ?, *Mélanges R. GASSIN, P.U.A.M.*, 2007, p. 189 et s.
- Les propositions du pré-rapport du comité de réflexion sur la justice pénale, *Dr. pénal*, 2009, Etude n°11.
- La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ?, *Dr. pénal*, 2009, Etude n°8.
- Pour en finir avec une présentation caricaturale de la présomption d'innocence, *Gaz. pal.*, 3 juin 1995, tribune libre, p. 21 et s.
- Cuisine constitutionnelle, *R.P.D.P.*, 2010, p. 533 et s.
- Le régime procédural de la criminalité organisée étendu à la corruption : l'exception tendrait-elle à devenir la règle ?, *Dr. pénal*, 2008, Etude n°1.
- « L'action pénale » en lévitation (aperçu de l'avant-projet de Code de procédure pénale), *D.*, 2010, point de vue, p. 774 et s.
- L'immunité pénale des membres du gouvernement et l'article 68-1 de la Constitution, *D.*, 1999, chron., p. 209 et s.
- L'art de légiférer se perd-il ? Réflexions en forme de pamphlet à partir de quelques illustrations de droit pénal, *Etudes à la mémoire de C. LAPOYADE-DESCHAMPS, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 307 et s.*

COPPER-ROYER (E.), L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle : l'application du principe constitutionnel, *in* La Cour de cassation et la Constitution de la République, *P.U.A.M.*, 1995, p. 123 et s.

CORBES (H.), De l'autorité des décisions de classement de la plainte en matière de dénonciation calomnieuse, *Gaz. Pal.*, 1944, doctr., p. 22.

CORNU (G.),

- Les définitions dans la loi, *Mélanges dédiés à J. VINCENT, Dalloz, 1981, p. 77 et s.*
- Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions), *Etudes offertes à P. BELLET, Litec, 1991, p. 83 et s.*
- Les définitions dans la loi et les textes réglementaires. Rapport de synthèse, *R.R.J.*, 1987, p. 1175 et s.

COSTA (J.-P.),

- Le juge et les libertés, *Pouvoirs, 1998, n°84, p. 75 et s.*
- Les droits de la défense selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Gaz. Pal.*, 2002, doctr., p. 1418 et s.
- Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme, *D.*, 2010, chron., p. 1364 et s.

- La Cour européenne des droits de l'homme : un juge qui gouverne ?, Mélanges G. TIMSIT, Bruylant, 2004, p. 67 et s.
- COSTE-FLORET (A.)**, Des restitutions ordonnées par les juridictions répressives, Rev. sc. crim., 1937, p. 195 et s.
- COTTA (S.)**, Six thèses sur les rapports entre droit naturel et droit positif, Arch. phil. dr. et de phil. soc., 1983, vol. I, part. 4, p. 17 et p. 25 et s.
- COULOMBEL (P.)**, Force et but dans le droit selon la pensée juridique de Ihering, R.T.D.civ., 1957, p. 609 et s.
- COURTIN (C.)**,
 - La surveillance post-carcérale des personnes dangereuses et l'application de la loi pénale dans le temps, Dr. pénal, 2008, Etude n°11.
 - L'enregistrement audiovisuel des interrogatoires du suspect, A.J. pénal, 2010, dossier, p. 490 et s.
 - Le statut pénal des membres du Parlement et du Gouvernement, R.P.D.P., 2004, p. 157 et s.
- COUVRAT (P.)**,
 - Le nom de la loi. Une balade dans le jardin des lois pénales, *in* Apprendre à douter. Questions de droit, Questions sur le droit, Etudes offertes à C. LOMBOIS, Publications de la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges, 2004, p. 513 et s.
 - Le contrôle du juge sur les sanctions disciplinaires du milieu pénitentiaire, Rev. sc. crim., 1995, p. 381 et s.
 - L'originalité du droit disciplinaire dans les prisons, Arch. pol. crim., 2000, n°22, p. 85 et s.
 - Le régime disciplinaire des détenus depuis le décret du 2 avril 1996, Rev. sc. crim., 1996, p. 709 et s.
 - Les recours contre les décisions du juge de l'application des peines, Rev. sc. crim., 1985, chron., p. 135 et s.
 - Une première approche de la loi du 19 décembre 1997 relative au placement sous surveillance électronique, Rev. sc. crim., 1998, chron., p. 374 et s.
 - Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres, Rev. sc. crim., 1999, p. 376 et s.
 - Le difficile passage du gué. De la décision d'administration judiciaire à la décision juridictionnelle, Rev. sc. crim., 2001, chron., p. 425 et s.
 - Dispositions générales et nouvelle organisation judiciaire de l'application des peines. Commentaire des articles 159 et 161 de la loi du 9 mars 2004 dite loi Perben II, Rev. sc. crim., 2004, chron., p. 682 et s.
 - Les dispositions relatives à l'application des peines de la loi Perben II, Dr. pénal, 2004, Etude n°8. Quelques aspects de l'évolution législative de la procédure pénale, D., 1973, chron., p. 39 et s.
 - Le contrôle judiciaire, *in* Détention provisoire, contrôle judiciaire et garde à vue. Les problèmes soulevés par leur contrôle juridictionnel, XIIe journées franco-belgo-luxembourgeoises de droit pénal, P.U.F., 1971, p. 105 et s.
 - Les méandres de la procédure pénale, D., 1976, chron., p. 43 et s.
 - Le rôle moteur du développement des droits de l'homme en procédure pénale, Dr. pénal, 2002, chron. n°5.
 - Le contrôle pénal de la police, *in* Droits de l'individu et police, Thémis-litec, 1990, p. 161 et s.
- CROZE (H.)**,
 - Au-delà du droit processuel : pour une théorie juridique de la décision, *in* Justice et droits fondamentaux, Etudes J. NORMAND, Litec, 2003, p. 125 et s.
 - Une autre idée de la procédure, *in* Une certaine idée du droit, Mélanges A. DECOCQ, Litec, 2004, p. 129 et s.
- CUSSON (M.)**, La notion de crime organisé, *in* Criminalité organisée et ordre dans la société, P.U.A.M., 1997, p. 29 et s.
- CUTAJAR (C.)**,
 - La loi pour la sécurité intérieure (principales dispositions), D., 2003, chron., p. 1106 et s.
 - Le nouveau droit des saisies pénales, A.J. pénal, 2012, dossier, p. 124 et s.
 - La lutte contre la grande délinquance économique et financière après les lois du 6 décembre 2013, R.P.D.P., 2013, p. 777 et s.

- Le volet répressif de la loi sur la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière, A.J. pénal, 2013, dossier, p. 638 et s.
- L'AGRASC publie son rapport 2013, J.C.P., 2014, 614.

DABIN (J.), Sur la science politique, R.D.P., 1954, p. 5 et s.

DALLEST (J.), L'ouverture d'une information judiciaire, une nécessité résiduelle, A.J. pénal, 2004, dossier, p. 346 et s.

DALLOZ (M.), Les orientations européennes en matière de justice pénale des mineurs, R.P.D.P., 2006, p. 47 et s.

DANET (J.),

- Relire « la politique criminelle des Etats autoritaires », in *Le champ pénal*, Mélanges R. OTTENHOF, Dalloz, 2006, p. 37 et s.
- La prescription de l'action publique : quels fondements et quelle réforme ?, A.J. pénal, 2006, dossier, p. 285 et s.
- Brèves remarques sur la typologie et la mise en œuvre des nullités, A.J. pénal, 2005, dossier, p. 133 et s.
- De la procédure à la répression de la criminalité organisée, ou laquelle est l'instrument de l'autre ?, A.J. pénal, 2004, dossier, p. 192 et s.

DANJAUME (G.), Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale, D., 1996, chron., p. 153 et s.

DANTI-JUAN (M.),

- Réflexions sur la nature de la phase exécutoire du procès pénal, Mélanges B. BOULOC, Les droits et le Droit, Dalloz, 2007, p. 275 et s.
- Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal : entre faux-semblants et vraies révolutions, R.P.D.P., 2006, p. 713 et s.
- Les adaptations de la procédure, R.P.D.P., 2003, p. 725 et s.

DAOUD (E.), **BOUCHE (B.)**, Interceptions judiciaires : « mais qui gardera les gardiens ? », A.J. pénal, 2014, dossier, p. 333 et s.

DARBEDA (P.), Les métamorphoses de l'extradition, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 1047 et s.

DARCY (G.), La décision exécutoire. Esquisse méthodologique, A.J.D.A., 1994, p. 663 et s.

DAVID (V.), « *Au-delà des bornes, il y a la limite* ». Esquisse d'une articulation de la force et du droit, R.P.D.P., 2004, p. 361 et s.

D'AVOUT (L.), L'originalité du droit pénal maritime, in *Code pénal et Code d'instruction criminelle. Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 659 et s.

DEAL (E.), L'inviolabilité du domicile « privé » dans la décision n°2004-492 DC du Conseil constitutionnel français : mise en perspective au sein des jurisprudences européennes et influence de la « théorie des sphères », Cah. dr. eur., 2004, p. 157 et s.

DEBBASCH (C.), Le contrôle de légalité des actes de police judiciaire par le juge judiciaire, in *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum J. WALINE*, Dalloz, 2002, p. 505 et s.

DE BECHILLON (D.),

- Le gouvernement des juges : une question à dissoudre, D., 2002, chron., p. 973 et s.
- Comment traiter le pouvoir normatif du juge ?, Mélanges P. JESTAZ, Dalloz, 2006, p. 29 et s.

DE BECHILLON (M.), La notion de principe général en droit privé, P.U.A.M., 1998, préf. B. SAINTOURENS.

DEBOVE (F.),

- L'aveu, in *Code pénal et Code d'instruction criminelle. Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 347 et s.
- L'urgence en droit pénal, in *Une certaine idée du droit*, Mélanges A. DECOCQ, Litec, 2004, p. 175 et s.
- Vers un droit pénal de la criminalité organisée ?, Petites affiches, 12 nov. 2002, p. 4 et s.
- Carton jaune pour les bleus ! (commentaire de l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 18 février 2003), Dr. pénal, 2003, chron. n°22. Garde à vue : entre cadence et décadence, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 191 et s.

DE BRUYN (D.), Le droit à un recours effectif, Mélanges P. LAMBERT, Bruylant, 2000, p. 185 et s.

DECHENAUD (D.),

- Les voies alternatives, *in* Droit pénal : le temps des réformes, Litec, 2011, p. 215 et s.
- La clandestinité en procédure pénale, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 213 et s.

DECOCQ (G.), Réflexions sur l'influence doctrinale, Mélanges P. JESTAZ, Dalloz, 2006, p. 111 et s.

DE CORAIL (J.-L.), Les actes administratifs dans la pensée de Charles Eisenmann, *in* La pensée de Charles Eisenmann, Economica, 1986, P. AMSELEK (dir.), p. 187 et s.

DEFFERRARD (F.),

- La « suspicion légitime » contre les violences au sein des couples ou le nouveau « référé protection », Dr. pénal, 2010, Etude n°27.
- Le juge d'instruction retrouvé, D., 2006, point de vue, p. 1908.
- Le crime et le soupçon. Réflexions sur la preuve dans la suspicion légitime d'infraction pénale, D., 2001, chron., p. 2692 et s.
- Mort, blessures graves et disparition suspectes, Jcl. proc. pén., art. 74 et 74-1, fasc. 20.
- Recherche des personnes en fuite, Jcl. proc. pén., art. 74-2, fasc. 20.

DEGOFFE (M.), Responsabilité pénale et responsabilité politique du ministre, R.F.D.C., 1996, p. 385 et s.

DEGOFFE (M.), JEULAND (E.), Les mesures d'administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification, *in* Justice et droits fondamentaux, Etudes J. NORMAND, Litec, 2003, p. 141 et s.

DE GOUTTES (R.),

- L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité ?, Rev. sc. crim., 2003, p. 63 et s.
- L'encadrement de la procédure pénale par la norme internationale : quelle norme ? quelle cohérence ? quel encadrement ?, *in* La procédure pénale en quête de cohérence, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 171 et s.
- Le juge français et la Convention européenne des droits de l'homme : avancées et résistances..., R.T.D.H., 1995, p. 605 et s.
- L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la Cour de cassation, Gaz. pal., 2007, doct., p. 1621 et s.
- L'apport de la norme internationale à la cohérence de la procédure pénale et à « l'humanisme processuel », *in* Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges S. GUINCHARD, Dalloz, 2010, p. 927 et s.

DE GRAEVE (L.), Pour une approche globale de la discipline pénitentiaire, R.P.D.P., 2005, p. 117 et s.

DEGUERGUE (M.),

- Jurisprudence, Droits, 2001, n°34, p. 95 et s.
- Les champs généraux de la responsabilité et leur application aux magistrats, *in* La responsabilité des magistrats, Entretiens d'Aguesseau, PULIM, 2008, S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), p. 93 et s.

DELAGE (P.-J.),

- La liberté individuelle sacrifiée, Dr. pénal, 2006, Etude n°21.
- La primauté de la personne, D., 2011, point de vue, p. 173 et s.

DE LA LANCE (E.), Le juge pénal et la protection des libertés individuelles (panorama de la jurisprudence récente de la chambre criminelle au regard des lois du 30 décembre 1996 et du 15 juin 2000), Rapport de la Cour de cassation, 2001, La documentation française, 2002, p. 131 et s.

DELALOY (G.), La Cour de cassation et le statut pénal du président de la République (à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 10 octobre 2001), Dr. pénal, 2002, chron. n°1.

DE LAMY (B.),

- Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, C.C.C., 2009, n°26, p. 16 et s.
- Les incidences, possibles et souhaitables, de l'avènement de la question préjudicielle de constitutionnalité, Rev. sc. crim., 2009, chron., p. 154 et s.
- La question prioritaire de constitutionnalité : une nouveauté... lourde et inachevée, Rev. sc. crim., 2010, chron., p. 201 et s.

- La loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (2^{ème} partie) : efficacité et diversification de la réponse pénale, D., 2004, chron., p. 1982 et s.
- De la loyauté en procédure pénale. Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale, Mélanges J. PRADEL, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Cujas, 2006, p. 97 et s.
- Le juge des libertés et de la détention : un trompe l'œil ?, Dr. pénal, 2007, Etude n°13. La confiance mutuelle comme fondement du mandat d'arrêt européen. Un peu, mais pas trop... pour l'instant, *in* Les droits et le Droit, Mélanges B. BOULOC, Dalloz, 2007, p. 559 et s.
- La Cour européenne des droits de l'homme, protectrice des droits fondamentaux, Dr. pénal, 2011, Etude n°12. Un nouveau procédé de constitutionnalisation du droit pénal : la Q.P.C. Bilan critique, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 377 et s.
- Mesures ayant le caractère d'une punition, mesure préventive et... peine perdue, Rev. sc. crim., 2013, chron., p. 433 et s.

DELEBECQUE (P.),

- Les nouvelles procédures civiles d'exécution, *in* La réforme des procédures civiles d'exécution, R.T.D.civ., n° spécial hors série, Dalloz, 1993, p. 15 et s.
- Les principes généraux en droit français, Bulletin de la Société de législation comparée, 1996, n°4, p. 915 et s.
- Les standards dans les droits romano-germaniques, R.R.J., 1988, p. 871 et s.

DELMAS-MARTY (M.),

- La « matière pénale » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal, Rev. sc. crim., 1987, p. 819 et s.
- Les standards en droit pénal, R.R.J., 1988, p. 1019 et s.
- Légalité pénale et prééminence du droit selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Mélanges A. VITU, Droit pénal contemporain, Cujas, 1989, p. 151 et s.
- La preuve pénale, Droits, 1996, n°23, p. 53 et s.
- La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les principes fondamentaux du droit pénal proclamés par la Déclaration de 1789, *in* La Déclaration et la jurisprudence, P.U.F., 1989, p. 151 et s.
- Vers une autre logique juridique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, D., 1988, chron., p. 221 et s.
- Réflexions sur l'hybridation en procédure pénale : nécessité du droit comparé à l'heure de l'internationalisation pénale, Mélanges B. BOULOC, Dalloz, 2007, p. 313 et s.
- Contraintes européennes et politique criminelle, R.T.D.H., 1992, p. 427 et s.

DELMAS-SAINT-HILAIRE (J.-P.), La mise en mouvement de l'action publique par la victime de l'infraction, Mélanges J. BRETHER DE LA GRESSAYE, éd. Bière, Bordeaux, 1967, p. 159 et s.

DEL VECCHIO (G.), Les principes généraux du droit, Mélanges F. GENY, t. II, Lib. Duchemin, 1977, p. 69 et s.

DE MEYER (J.), Article 5§ 1, *in* La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, Economica, 2^{ème} éd., 1999, L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), p. 189 et s.

DE MORDANT DE MASSIAC (B.), L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle : le principe constitutionnel et son application par le juge judiciaire, La Cour de cassation et la Constitution de la République, P.U.A.M., 1995, p. 117 et s.

DE MONTGOLFIER (J.-F.), L'apport de la jurisprudence du Conseil constitutionnel au critère de la peine, *in* Droit pénal : le temps des réformes, Litec, 2011, p. 231 et s.

DENIS (G.), Puissance convaincante et nature juridique de l'enquête préliminaire, Gaz. pal., 1974, doct., p. 969 et s.

DE POULPIQUET (J.), Le droit de mettre en mouvement l'action publique : conséquence de l'action civile ou droit autonome ?, Rev. sc. crim., 1975, p. 37 et s.

DEPREZ (J.), Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français, Travaux de l'association H. CAPITANT, t. XVII, 1964, Dalloz, 1968, p. 28 et s.

DERIEUX (E.), Secret des sources des journalistes. A propos de la loi du 4 janvier 2010, J.C.P., 2010, aperçu rap., 40.

DEROUIN (P.), Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition, R.T.D.civ., 1978, p. 1 et s.

DERRIDA (F.), Des voies de recours ouvertes à la partie civile contre les décisions des juridictions d'instruction, Rev. sc. crim., 1949, p. 309 et s. et p. 547 et s.

DE SCHUTTER (O.),

- La vie privée entre droit de la personnalité et liberté, R.T.D.H., 1999, p. 827 et s.
- La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme, R.U.D.H., 2001, p. 185 et s.

DESCOT (N.), La participation effective du majeur protégé au procès pénal après la loi du 5 mars 2007, A.J. pénal, 2008, p. 21 et s.

DESDEVISES (Y.), Quelques remarques sur la responsabilité des juges et de la justice, *in* Justice et droits fondamentaux, Etudes J. NORMAND, Litec, 2003, p. 167 et s.

DESESSARD (L.), Contribution au débat sur l'article 18 alinéa 5 du Code de procédure pénale, R.P.D.P., 2006, p. 443 et s.

DE SOTO (J.), La notion de juridiction, D., 1956, chron., p. 45 et s.

DESPREZ (F.), Le droit de ne pas s'auto-incriminer, entre nécessité de garanties entourant l'aveu et impératifs liés à l'efficacité judiciaire, *in* Politique(s) criminelle(s), Mélanges C. LAZERGES, Dalloz, 2014, p. 569 et s.

DETRAZ (S.),

- La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle, Rev. sc. crim., 2008, doct., p. 41 et s.
- L'innocence à l'épreuve de la décision de non-lieu, R.P.D.P., 2005, p. 179 et s.
- Rémanence et renaissance d'une institution : de la contrainte par corps à la contrainte judiciaire. Commentaire de l'article 198 de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, Dr. pénal, 2004, Etude n°14.
- Contrainte judiciaire, Jcl. proc. pén., art. 749 à 762, fasc. 20.
- La retenue douanière des personnes : une anomalie persistante de la procédure pénale, Dr. pénal, 2010, dossier, n°4.
- Refonder le ministère public, J.C.P., 2013, 1326.
- La prétendue présomption d'innocence, Dr. pénal, 2004, chron. n°3.
- Un an de droit pénal fiscal et douanier, Dr. pénal, 2010, chron. « un an de... » n°8.
- Sonorisation d'une cellule de garde à vue : un stratagème qui vicie la recherche de la preuve, D., 2014, entretien, p. 264.

DEUMIER (P.),

- Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation, *in* La création du droit par le juge, Arch. phil. dr., 2006, t. 50, Dalloz, 2007, p. 49 et s.
- La mutation des sources du droit privé et l'introduction à l'étude du droit, *in* La mutation des sources en droit privé, R.D.A., n°5, 2012, p. 31 et s.

DE VILLIERS (M.), L'avenir incertain du principe de dignité, *in* Constitutions et pouvoirs, Mélanges J. GICQUEL, Montchrestien, 2008, p. 603 et s.

DI MANNO (T.), L'influence des réserves d'interprétation, *in* La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Economica, Etudes juridiques, 1999, p. 189 et s.

DI MARINO (C.), Investigations policières et respect du secret de la vie privée, Problèmes actuels de science criminelle, vol. XIX, P.U.A.M., 2006, p. 189 et s.

DI MARINO (G.),

- L'implantation et les remises en cause des dogmes accusatoire et inquisitoire (Rapport introductif), R.I.D.P., 1997, p. 17 et s.
- La procédure pénale à visage dissimulé, Mélanges R. GASSIN, P.U.A.M., 2007, p. 199 et s.
- La redistribution des rôles dans la phase préparatoire du procès pénal, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 317 et s.
- Le prévenu ou l'accusé absent, R.P.D.P., 2003, p. 677 et s.

DINTILHAC (J.-P.),

- Le contrôle de la Cour de cassation sur les obligations du contrôle judiciaire, R.P.D.P., 1995, p. 249 et s.

- Le contrôle de la détention provisoire par la Cour de cassation au regard des dispositions de la loi du 30 décembre 1996, R.P.D.P., 1998, p. 115 et s.
- Le contrôle du parquet sur la police judiciaire, *in* Police et justice pénale, Arch. pol. crim., n°33, Pedone, 2011, p. 29 et s.

DIVIER (P.-F.), L'instruction pénale française à l'épreuve du « procès équitable » européen, D., 2004, chron., p. 2948 et s.

DOBKINE (M.), La douane judiciaire, premier bilan d'une police thématique (nouvelles observations sur l'article 28-1 du Code de procédure pénale), D., 2002, chron., p. 3284 et s.

DONNEDIEU DE VABRES (J.), Les éléments administratifs de l'infraction, D., 1952, chron., p. 137 et s.

DOROY (F.), Le réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de condamnation de la CEDH : mise en œuvre de la réforme du 15 juin 2000. Questions juridiques et problèmes pratiques, Dr. pénal, 2003, chron. n°18.

DORSNER-DOLIVET (A.), Les dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant les garanties judiciaires en matière de détention provisoire, Dr. pénal, 2000, chron. n°39.

DORVAUX (G.), Dignité de la victime et dignité du délinquant : l'apport de la loi du 8 février 1995, *in* Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges C. BOLZE, Economica, 1999, p. 397 et s.

DOUCET (J.-P.), La Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence pénale française, R.T.D.H., 1991, p. 177 et s.

DOUCHY (M.), La notion de non-droit, R.R.J., 1992, p. 433 et s.

DOURNEAU-JOSETTE (P.), La saisine de la CEDH : *vade mecum*, A.J. pénal, 2010, p. 58 et s.

DRAGO (G.),

- Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnel et européens, Dr. administratif, 2004, Etude n°11.
- La conciliation entre principes constitutionnels, D., 1991, chron., p. 265 et s.
- Avant-propos, *in* L'ordre public, Rapport de la Cour de cassation 2013, consultable sur le site de la Cour de cassation.

DRAI (P.), **CHARTIER (Y.)**, **TRICOT (D.)**, La Cour de cassation face à la doctrine, Droits, 1994, n°20, p. 107 et s.

DREYER (E.),

- Du caractère fondamental de certains droits, R.R.J., 2006, p. 551 et s.
- Vie privée (Droits fondamentaux et), Dictionnaire des droits fondamentaux, Dalloz, 2010, D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO (dir.), p. 726 et s.
- Les mutations du concept juridique de dignité, R.R.J., 2005, p. 19 et s.
- La dignité opposée à la personne, D., 2008, chron., p. 2730 et s. A quoi sert le réexamen des décisions pénales après condamnation à Strasbourg ?, D., 2008, chron., p. 1705 et s.
- La subsidiarité du droit pénal, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 247 et s.
- Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2008, chron. « un an de... » n°3.
- Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2009, chron. « un an de... » n°4.
- Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2010, chron. « un an de... » n°3.
- Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2011, chron. « un an de... » n°3.
- Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2012, chron. « un an de... » n°3.
- Un an de droit européen en matière pénale, Dr. pénal, 2014, chron. « un an de... » n°4.

DRZEMCZEWSKI (A.), **GIAKOUMOPOULOS (C.)**, Article 13, *in* La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), Economica, 2^{ème} éd., 1999, p. 455 et s.

DUBOIS (P.), L'intelligibilité de la loi, Mélanges P. JESTAZ, Libres propos sur les sources du droit, Dalloz, 2006, p. 135 et s.

DUBOIS (L.), La protection de la santé des détenus à l'aune de la Convention européenne des droits de l'homme, *in* L'homme et le droit, En hommage au Professeur Jean-François FLAUSS, Pedone, 2014, p. 305 et s.

DUBOUT (E.), La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme, R.T.D.H., 2007, p. 397 et s.

DUCHAINE (C.), Vente avant jugement d'un meuble placé sous main de justice et poursuite du propriétaire du bien (C.P.P., art. 99-2, al. 2), Dr. pénal, 2014, Etude n°11.

DU CHEYRON DU PAVILLON (A.),

- L'indemnisation de la détention provisoire non justifiée, Les cahiers du droit, 1985, p. 129 et s.
- La police de la police, Rev. sc. crim., 1975, p. 359 et s.

DUEZ (P.), Esquisse d'une définition réaliste des droits publics individuels, Mélanges R. CARRE DE MALBERG, Sirey, 1933, p. 111 et s.

DUGUIT (L.), L'acte administratif et l'acte juridictionnel, R.D.P., 1906, p. 413 et s.

DUMONT (J.),

- Interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, Jcl. proc. pén., art. 100 à 100-7, fasc. 20.
- Nullités de l'information, Jcl. proc. pén., art. 170 à 174-1, fasc. 20.

DUPEYROUX (O.),

- La jurisprudence, source abusive de droit, Mélanges J. MAURY, Dalloz-Sirey, 1960, t. II, p. 349 et s.
- La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit, Mélanges G. MARTY, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 463 et s.

DUPIC (E.),

- La géolocalisation judiciaire : nouveau statut et perspectives, Gaz. pal., 4-5 avril 2014, n°94 à 95, p. 14 et s.
- Chronique de l'accès intégral au dossier pénal, Gaz. pal., 16-17 mai 2014, n°136 à 137, p. 11 et s.

DUPRE DE BOULOIS (X.), Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé, J.C.P., 2007, I, 211.

DUPUIS (F.), Les saisies en matière pénale, de l'opportun à l'opportunisme, Procédures, 2014, Etude n°6.

DUPUIS (G.), Définition de l'acte unilatéral, Mélanges C. EISENMANN, Cujas, 1975, p. 205 et s.

DURIEUX (F.), La distinction entre demandes et requêtes au cours du procès pénal, R.P.D.P., 1999, p. 217 et s.

DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), Droit au juge, accès à la justice européenne, Pouvoirs, 2001, n°96, p. 123 et s.

DWORKIN (R.), La chaîne du droit, Droit et société, 1985, n°1, L.G.D.J., p. 51 et s.

ECHAPPE (O.), La cour d'assises dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, Mélanges P. LEGER, Pedone, 2006, p. 41 et s.

EDELMAN (B.), La dignité de la personne humaine, un concept nouveau, D., 1997, chron., p. 185 et s.

EISENMANN (C.), Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique, Arch. phil. dr., 1966, Sirey, p. 25 et s.

EISSEN (M.-A.), Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, E.D.C.E., 1989, p. 275 et s.

ELLUL (J.), Le fondement théologique du droit, Cahiers théologiques de l'actualité protestante n°15-16, 1946, p. 95.

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), Qu'est-ce que la technique juridique ? Observations sur l'apport des juristes au lien social, D., 2004, chron., p. 711 et s.

EPINEUSE (H.), Quelle responsabilité pour les magistrats après Outreau ?, A.J. pénal, 2006, dossier, p. 396 et s.

ERGEC (R.), VELU (J.), La notion de « délai raisonnable » dans les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme – essai de synthèse –, R.T.D.H., 1991, p. 137 et s.

ERRERA (R.), Sur l'indépendance et la responsabilité des magistrats, *in* La responsabilité des magistrats, Entretiens d'Aguesseau, PULIM, 2008, S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), p. 77 et s.

ESMEIN (A.), L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes, R.T.D.civ., 1903, p. 5 et s.

ESMEIN (P.),

- La jurisprudence et la loi, R.T.D.civ., 1952, p. 17 et s.
- Peine ou réparation, Mélanges P. ROUBIER, t. II, Dalloz-Sirey, 1961, p. 37 et s.

FAIVRE (P.), Le donné-acte devant la cour d'assises, Recueil d'études à la mémoire de M. PATIN, Cujas, 1965, p. 553 et s.

FARINA-CUSSAC (J.), La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison), *Rev. sc. crim.*, 2002, doct., p. 517 et s.

FARTHOUAT (J.-R.), La présomption d'innocence, *Justices*, 1998, n°2, p. 53 et s.

FAUCHER (P.), L'application des peines : combien de divisions ?, *R.P.D.P.*, 2006, p. 799 et s.

FAURE (B.), Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ?, *R.F.D.C.*, 1995, n°21, p. 47 et s.

FAUTRE-ROBIN (A.), L'accès à l'avocat des personnes soupçonnées ou poursuivies : les exigences insuffisantes de l'Union européenne, *Gaz. pal.*, 7-10 mai 2014, n°127 à 130, p. 14 et s.

FAVOREU (L.),

- La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés, *D.*, 2001, chron., p. 1739 et s.
- Rapport général introductif *in* Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux (Actes du II^e colloque d'Aix-en-Provence des 19-20 et 21 fév. 1981), *Economica-P.U.A.M.*, Droit public positif, 1982, préf. A. TUNC, p. 25 et s.
- La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et l'article 66 de la Constitution (A propos des arrêts de la chambre criminelle du 25 avril 1985), *D.*, 1986, chron., p. 169 et s.
- Le Conseil constitutionnel et la protection de la liberté individuelle et de la vie privée. A propos de la décision du 12 janvier 1977 relative à la fouille des véhicules, *Mélanges P. KAYSER*, t. I, *P.U.A.M.*, 1979, p. 411 et s.
- La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789, *in* La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, *P.U.F.*, 1989, p. 123 et s.,

FAVRE (J.), **TARDIVEL (B.)**, Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle », *R.D.P.*, 2000, p. 1411 et s.

FELDMAN (J.-P.), Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine, *Droits*, n°48, 2009, p. 87 et s.

FELTZ (F.), La nouvelle action publique, *R.P.D.P.*, 2003, p. 461 et s.

FERAL-SCHUHL (C.), **MARTINET (Y.)**, « La mise en œuvre d'une garde à vue européenne à court terme est une nécessité aussi bien morale que juridique », *J.C.P.*, 2010, entretien, 917.

FEVRIER (F.), La discipline en prison, *R.P.D.P.*, 2005, p. 148 et s.

FICARA (J.), **ROBERT (L.)**, L'article 143-1 du Code de procédure pénale « n'est pas applicable à la procédure de comparution immédiate », *Dr. pénal*, 2012, Etude n°6.

FINES (F.), « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle » dans la jurisprudence constitutionnelle, *R.F.D.A.*, 1994, p. 594 et s.

FIZE (M.), L'impossible contrôle du pouvoir disciplinaire en prison au siècle dernier ?, *Rev. sc. crim.*, 1988, p. 751 et s.

FLAUSS (J.-F.),

- Le droit à un recours effectif, l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, *R.U.D.H.*, 1991, p. 326 et s.
- Le délai raisonnable au sens de l'article 5-3 et 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence française, *R.T.D.H.*, 1991, n°5 (n° spécial « le délai raisonnable »), p. 49 et s.
- La condition du « grief défendable » dans le cadre de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, *Petites affiche*, 10 nov. 1989, p. 15 et s.
- Des répercussions de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit du contentieux administratif, *Petites affiches*, 4 août 1989, p. 26 et s.
- Ecoutes téléphoniques : le point de vue de Strasbourg, *in* Les écoutes téléphoniques : un régime sous surveillance, *R.F.D.A.*, 1991, p. 89 et s.
- Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle ?, *D.*, 2003, chron., p. 1638 et s.
- La Cour de Strasbourg face aux violations systématiques des droits de l'homme, *Mélanges P. LAMBERT*, Bruylant, 2000, p. 343 et s.

FOHRER-DEDEURWAERDER (E.), L'exécution par la France d'un mandat d'arrêt européen émis contre un national. A propos d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 25 janvier 2006, *Dr. pénal*, 2007, Etude n°1.

FORIERS (P.), Présomptions et fictions, *in* Les présomptions et les fictions en droit, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 7 et s.

FORTIER (V.), La fonction normative des notions floues, *R.R.J.*, 1991, p. 755 et s.

FORTIS (E.), L'influence de certaines règles de la procédure pénale sur l'existence de l'infraction, *Mélanges B. BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 323 et s.

FOSSAERT-SABATIER (A.), Le contrôle de la Cour de cassation en matière de garde à vue, *Dr. pénal*, 1997, chron. n°10 et 13.

FOSSIER (T.), Droits de la défense et personnes vulnérables, *Rev. sc. crim.*, 1998, p. 57 et s.

FOURMENT (F.),

- La protection des sources du journaliste, *A.J. pénal*, 2007, dossier, p. 15 et s.
- Après l'affaire *Moulin* (CEDH, 5^{ème} sect., 23 nov. 2010), encore du grain à moudre, *D.*, 2011, point de vue, p. 26 et s.
- La perquisition « taisante », *Gaz. pal.*, 9-11 fév. 2014, n°40 à 42, p. 22 et s.
- L'évolution du procès pénal, *in* Problèmes actuels de sciences criminelles, t. XXIV, P.U.A.M., 2013, p. 85 et s.
- Le pourvoi en cassation contre l'avis de la chambre de l'instruction rendu en matière d'extradition et la loi du 9 mars 2004, *in* Questions de droit pénal international, européen et comparé, *Mélanges A. FOURNIER*, Presses universitaires de Nancy, 2013, p. 109 et s.
- Onde pure ou cascade ?, *Gaz. pal.*, 11-13 mai 2014, n°131 à 133, p. 3.
- Le défèrement nouveau, ou l'assistance sans contradictoire (assumé), *Gaz. pal.*, 27-29 juill. 2014, n°208 à 210, p. 19 et s.

FOURMENT (F.) (dir.) et alii,

- Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale. Les quatre saisons : été 2007, *R.I.D.P.*, 2007, p. 245 et s.
- Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale. Les quatre saisons de la Cour : automne-hiver 2007-2008, *R.I.D.P.*, 2008, p. 199 et s.
- Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale. Les quatre saisons de la Cour : printemps-été 2008, *R.I.D.P.*, 2008, p. 449 et s.
- Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale. Les quatre saisons de la Cour : automne-hiver 2008-2009, *R.I.D.P.*, 2009, p. 329 et s.
- Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale. Les quatre saisons de la Cour : printemps-été 2009, *R.I.D.P.*, 2009, p. 609 et s.
- Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale. Les quatre saisons de la Cour : automne-hiver 2009-2010, *R.I.D.P.*, 2010, p. 317 et s.
- Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale. Les quatre saisons de la Cour : printemps-été 2010, *R.I.D.P.*, 2010, p. 633 et s.

FOURMENT (F.), MORTET (L.), Le contrôle de l'autorité judiciaire sur les mesures de contrainte : le cas de la garde à vue, *in* La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, Thèmes et commentaires, V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), p. 171 et s.

FOURMENT (F.), LAVRIC (S.), MICHALSKI (C.) et PIOT (P.), La responsabilité des médias, *in* La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. *Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, Thèmes et commentaires, V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), p. 265 et s.

FOURNIE (F.),

- Nouvelles considérations « huroniques ». A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, *J.C.P.*, 2010, libres propos, 914.
- Difficultés d'exécution d'un mandat d'arrêt européen. Entre droit et politique, *D.*, 2009, chron., p. 1984 et s.
- « Réviser la révision ». A propos de la nouvelle procédure de révision et de réexamen des condamnations pénales, *J.C.P.*, 2014, 777.

FRAISSE (R.), Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité, *Petites affiches*, 5 mars 2009, p. 74 et s.

FRAISSEIX (P.), Les droits fondamentaux, prolongement ou dénaturation des droits de l'homme ?, R.D.P., 2001, p. 531 et s.

FRANCK (C.), L'évolution des méthodes de protection des droits et libertés par le Conseil constitutionnel sous la septième législature, J.C.P., 1986, I, 3256.

FRISON-ROCHE (M.-A.),

- L'impartialité du juge, D., 1999, chron., p. 53 et s.
- Le droit à un tribunal impartial, *in* Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 15^{ème} éd., 2009, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET (dir.), p. 499 et s.
- La responsabilité des magistrats comme mise à distance, *in* La responsabilité des magistrats, Entretiens d'Aguesseau, PULIM, 2008, S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), p. 229 et s.
- La responsabilité des magistrats : l'évolution d'une idée, J.C.P., 1999, I, 174.
- La procédure injuste, *in* De l'injuste au juste, Dalloz, 1997, M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES (dir.), p. 77 et s.

FRISON-ROCHE (M.-A.), **BARANES (W.)**, Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi, D., 2000, chron., p. 361 et s.

FROMONT (M.),

- Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne, Mélanges C. EISENMANN, Cujas, 1975, p. 49 et s.
- Le principe de proportionnalité, A.J.D.A., 1995, n° spécial, p. 156 et s.

GABOLDE (M.), L'appel des ordonnances de compétence, Rev. sc. crim., 1938, p. 1 et s.

GAGNE (M.), La chambre d'accusation, Recueil d'études à la mémoire de M. PATIN, Cujas, 1965, p. 525 et s.

GAGNOUD (P.), L'extension du droit de fouille des véhicules automobiles depuis la loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001, dite « loi sur la sécurité quotidienne », Gaz. pal., 2002, doct., p. 1589 et s.

GALLET (J.-L.), Tribunal correctionnel, Jcl. proc. pén., art. 458 à 461.

GALLOIS (A.), L'infiltration, Procédures, 2014, Focus n°19.

GALLOUX (J.-C.), L'empreinte génétique : la preuve parfaite ?, J.C.P., 1991, I, 3497.

GAMBIER (T.), La défense des droits de la personne dans la recherche des preuves en procédure pénale française, Dr. pénal, 1992, chron. n°66.

GARÇON (E.), La communication de l'information pénale, Dr. pénal, 2008, Etude n°15.

GARÇON (E.), **PELTIER (V.)**, Commentaire de la loi n°2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines, Dr. pénal, 2012, Etude n°11.

GARÇON (M.), La protection de la liberté individuelle pendant l'instruction, R.I.D.P., 1953, p. 165 et s.

GARRIDO (L.), Le droit à la sûreté : un droit en danger ?, *in* Le droit à la sûreté. Etat des lieux, état du droit, Cujas, Actes et études, 2012, L. GARRIDO (dir.), p. 3 et s.

GASSIN (R.),

- Système et droit, R.R.J., 1981, p. 353 et s.
- Remarques sur l'astreinte en matière pénale, Etudes offertes à P. KAYSER, t. I, P.U.A.M., 1979, p. 447 et s.
- Les définitions dans les textes en matière pénale, R.R.J., 1987, p. 1019 et s.
- Le principe de la légalité et la procédure pénale, R.P.D.P., 2001, p. 300 et s.
- La règle de procédure pénale au sens de l'article 34 de la Constitution, *in* Les droits et le Droit, Mélanges B. BOULOC, Dalloz, 2007, p. 363 et s.
- Les mesures d'administration judiciaire en procédure pénale, *in* Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges S. GUINCHARD, Dalloz, 2010, p. 951 et s.

GAUDEMET (Y.),

- Remarques à propos des circulaires administratives, Mélanges M. STASSINOPOULOS, Problèmes de droit public contemporain, L.G.D.J., 1974, p. 561 et s.
- Rapport du groupe de travail sur les aspects constitutionnels et conventionnels de la réforme de la procédure pénale, Dr. pénal, 2010, Etude n°11.

GAVALDA-MOULENAT (C.), L'avocat face à ses nouvelles fonctions au sein du procès pénal. Quelle place pour la défense pénale ?, Dr. pénal, 2009, Etude n°5.

GENEVOIS (B.),

- La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1989, A.I.J.C., 1989, vol. V, p. 471 et s.
- Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international. A propos de la décision n°98-408 DC du 22 janvier 1999, R.F.D.A., 1999, p. 285 et s.
- Les immunités prévues par la Constitution et le contrôle juridictionnel (le droit français confronté au droit italien), R.F.D.A., 2000, p. 511 et s.

GENIN-MERIC (R.), Etre jugé dans un délai raisonnable : réflexions sur le contrôle de la recevabilité de l'action publique, Rev. sc. crim., 1980, p. 77 et s.

GENY (F.),

- Justice et force (pour l'intégration de la force dans le droit), Etudes de droit civil à la mémoire de H. CAPITANT, Dalloz, 1939, p. 241 et s.
- Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. DUGUIT, R.T.D.civ., 1922, p. 779 et s.
- La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de Raymond SALEILLES, *in* L'œuvre juridique de Raymond SALEILLES, Lib. nouvelle de droit et de jurispr., Arthur Rousseau (éd.), Paris, 1914.
- Les procédés d'élaboration du droit civil, *in* Les méthodes juridiques. Leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910, Paris, V. Giard et E. Brière, 1911, préf. P. DESCHANEL, p. 173 et s.
- La relativité de la technique juridique, R.T.D.civ., 1935, p. 787 et s.

GEORGET (V.),

- Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2011, chron. « un an de... » n°1.
- Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2012, chron. « un an de... » n°1.
- A propos des arrêts de la chambre criminelle du 19 octobre 2010 : garde à vue et Convention européenne des droits de l'homme, *in* La garde à vue sous contrôle judiciaire, Dr. pénal, 2010, dossier n°9, article n°12.
- Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2014, chron. « un an de... » n°1.

GESLOT (C.), La responsabilité pénale du président de la République selon la Cour de cassation (observations sous l'arrêt de la Cour de cassation, Ass. plén., 10 octobre 2001, n°481), R.P.D.P., 2002, p. 301 et s.

GHESTIN (J.), Les données positives du droit, R.T.D.civ., 2002, p. 11 et s.

GIACOPELLI (M.), Réforme du droit de l'application des peines (dispositions de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 relatives à l'exécution des peines privatives de liberté), D., 2004, chron., p. 2589 et s.

GINDRE (E.), Une réforme en urgence : la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, R.P.D.P., 2011, p. 297 et s.

GINESTET (C.),

- Les droits de la défense en procédure pénale, *in* Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 20^{ème} éd., 2014, R. CABRILLAC (dir.), p. 627 et s.
- Procédure de contumace et procès équitable, Dr. pénal, 2001, chron. n°41.

GIRAULT (C.), Le droit pénal à l'épreuve de l'organisation criminelle, Rev. sc. crim., 1998, p. 715 et s.

GIUDICELLI (A.),

- Principes directeurs de la procédure pénale, Rev. sc. crim., 2004, chron., p. 131 et s.
- Principes directeurs du procès pénal, Rev. sc. crim., 2003, p. 122 et s.
- La garde à vue après la loi n°2004-204 du 9 mars 2004, A.J. pénal, 2004, dossier, p. 261 et s.
- Le principe de la légalité en droit pénal français. Aspects légistiques et jurisprudentiels, Rev. sc. crim., 2007, p. 509 et s.
- Garde à vue : vagues du fond avant la réforme, Rev. sc. crim., 2010, chron., p. 183 et s.

GIUDICELLI (C.),

- Regards croisés sur la direction de l'enquête dans les procédures pénales, A.J. pénal, 2008, dossier, p. 439 et s.
- Le juge d'instruction évoluera ou disparaîtra, A.J. pénal, 2009, p. 68 et s.
- L'étendue des nullités au cours de l'enquête pénale : quel contrôle de la police judiciaire ?, A.J. pénal, 2008, dossier, p. 445 et s.

GIUDICELLI-DELAGE (G.),

- La juste distance... Réflexions autour de mauvaises (?) questions. A propos de la réforme de l'instruction et de la procédure pénale française, *Mélanges B. BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 389 et s.
- Les transformations de l'administration de la preuve pénale. Perspectives comparées. Introduction et conclusions, *Arch. pol. crim.*, n°26, Pedone, 2004, p. 139 et s. et p. 174 et s.
- Droits de la défense, *in Dictionnaire de la Justice*, P.U.F., 2004, L. CADIET (dir.), p. 364 et s.
- La figure du juge de l'avant-procès entre symboles et pratiques, *Mélanges J. PRADEL*, Cujas, 2006, p. 335 et s.
- La responsabilité des magistrats et de l'Etat en matière pénale, *in La responsabilité des gens de justice*, *Justices*, n°5, 1997, p. 25 et s.

GLENARD (G.), Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, *A.J.D.A.*, 2003, p. 2008 et s.

GLESNER (A.), Le classement sans suite et l'opportunité des poursuites, *R.D.P.C.*, 1972-1973, n°4, p. 353 et s.

GLESS (S.), Les perspectives de l'espace judiciaire européen en matière de recherche et d'utilisation des preuves situées à l'étranger, *in L'espace judiciaire européen civil et pénal : regards croisés*, Dalloz, 2009, *Thèmes et commentaires*, F. JAULT-SESEKE, J. LELIEUR et C. PIGACHE (dir.), p. 155 et s.

GOBERT (M.),

- Rapport de synthèse, *in La contrainte*, *Economica*, *Etudes juridiques*, 2007, L. GRYNBAUM (dir.), p. 167 et s.
- La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée, *R.T.D.civ.*, 1992, p. 344 et s.
- Le temps de penser de la doctrine, *Droits*, 1994, n°20, p. 97 et s.
- Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Rapport de synthèse, *in La dignité de la personne humaine*, *Economica*, *Etudes juridiques*, 1999, M.-L. PAVIA et T. REVET (dir.), p. 159 et s.

GOESEL-LE BIHAN (V.),

- Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, *R.F.D.C.*, 1997, p. 227 et s.
- Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes, *R.F.D.C.*, 2007, p. 269 et s.
- Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, *C.C.C.*, 2007, n°22, p. 208 et s.
- Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : Présentation générale, *Petites affiches*, 5 mars 2009, p. 62 et s.

GOGUEL (F.), Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, *R.I.D.comp.*, 1981, p. 433 et s.

GOHIN (O.), Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ?, *Droits*, n°9, 1989, p. 93 et s.

GOLLETY (F.),

- L'ordonnance de soit-communiqué, *Rev. sc. crim.*, 1958, p. 172 et s.
- Les morts suspects, *Rev. sc. crim.*, 1958, p. 913 et s.

GONDRE (L.), De la Haute Cour à la Cour de justice de la République, *R.P.D.P.*, 2000, p. 74 et s.

GONDRE (L.), **PRADEL (J.)**, La Cour de justice de la République : à conserver et à améliorer, *J.C.P.*, 2012, *libres propos*, 566.

GOUBEAUX (G.), Il était une fois... la Doctrine, *R.T.D.civ.*, 2004, p. 239 et s.

GOULESQUE (J.), Le refus d'informer, *Rev. sc. crim.*, 1970, *chron.*, p. 940.

GOUTTENOIRE (A.),

- Les droits de l'homme en prison, *R.P.D.P.*, 2005, p. 107 et s.
- Les principes du droit processuel relatif au mineur délinquant, *A.J. pénal*, 2005, *dossier*, p. 49 et s.
- Pour une formulation des principes fondamentaux de la justice pénale des mineurs, *in Réforme de l'ordonnance de 1945 : le rapport Varinard*, *A.J. pénal*, 2009, *dossier*, p. 13 et s.

GOYET (C.),

- A propos des nullités de l'instruction préparatoire : quelques remarques sur la distinction des nullités textuelles et des nullités substantielles, *Rev. sc. crim.*, 1976, p. 899 et s.

- Remarques sur l'impartialité du tribunal, D., 2001, chron., p. 328 et s.
- GRANIER (J.),**
- Les restitutions dans le Code de procédure pénale, Rev. sc. crim., 1959, p. 611 et s.
 - L'article 11 du Code de procédure pénale. Quelques réflexions sur le secret de l'information, J.C.P., 1958, I, 1453.
- GRAU (E.-R.),** Notes sur les concepts juridiques, R.R.J., 1994, p. 769 et s.
- GRECIANO (P.),** Ouverture, in *Coopération judiciaire internationale et européenne. Extradition et mandat d'arrêt européen*, Gaz. pal., 7-9 sept. 2008, n°251 à 253, p. 2 et s.
- GRELLIERE (V.),** Nullités de l'instruction et bonne administration de la justice pénale, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, t. XXVIII, 1980, p. 121 et s.
- GREWE (C.), KOERING-JOULIN (R.),** De la légalité de l'infraction terroriste à la proportionnalité des mesures antiterroristes, Mélanges G. COHEN-JONATHAN, Bruylant, 2004, vol. II, p. 891 et s.
- GRIDEL (J.-P.),**
- La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé, D. 2002, chron., p. 228 et s. et chron., p. 345 et s.
 - Le contrôle de proportionnalité exercé par la juge judiciaire français, Petites affiches, 5 mars 2009, p. 113 et s.
- GRIMALDI (C.),** La distinction entre l'acte et le fait juridique, R.D.A., n°7, 2013, p. 47 et s.
- GROULIER (C.),** Remarques sur la notion de mesure d'administration de la justice, R.D.P., 2011, p. 405 et s.
- GRYNBAUM (L.),** La contrainte, garantie de l'accès au droit, in *La contrainte*, Economica, Etudes juridiques, 2007, L. GRYNBAUM (dir.), p. 3 et s.
- GRZEGORCZYK (C.),**
- Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit, Arch. phil. dr., 1986, p. 281 et s.
 - Ordre juridique comme réalité, Droits, 2002, n°35, p. 103 et s.
 - Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle, in *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant-L.G.D.J., La pensée juridique, 2005, M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir.), p. 25 et s.
 - L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit, Droits, 1988, n°7, p. 47 et s.
- G'SELL (F.),** Vers un renforcement du rôle de l'avocat dans les procédures pénales. A propos de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013, J.C.P., 2014, 2.
- GUASTINI (R.),** Théorie et ontologie du droit chez Dworkin, Droit et société, 1986, n°2, L.G.D.J., p. 15 et s.
- GUEDJ (A.),** Le secret des sources des journalistes, A.J. pénal, 2009, dossier, p. 163 et s.
- GUERIN (D.),**
- La question prioritaire de constitutionnalité. Bilan provisoire et premières interrogations, R.P.D.P., 2010, p. 883 et s.
 - Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2009, chron. « un an de... » n°1. Un an d'instruction préparatoire, Dr. pénal, 2010, chron. « un an de... » n°1.
 - Flexibilité du droit européen : arrêts *Brusco c/ France* et *Gäfgen c/ Allemagne*, D., 2010, point de vue, p. 2850 et s.
 - L'évolution de la notion juridique de garde à vue, R.P.D.P., 2000, p. 16 et s.
 - Chambre de l'instruction et défense du « mis en examen », in *Regards sur la défense pénale, Liber amicorum V. DURTETTE*, Mare et martin, Droit et science politique, 2009, p. 53 et s.
 - Les droits de la défense et de la partie civile dans la phase préparatoire du procès pénal selon le rapport du comité de réflexion sur la justice pénale, Dr. pénal, 2009, dossier n°6.
 - Le statut du ministère public : le point de vue du magistrat, in *La procédure pénale française est-elle soluble dans la Convention européenne des droits de l'homme ?*, R.D.A., n°2, 2010, p. 62 et s.
 - Les leçons de l'évolution de l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de garde à vue, R.P.D.P., 2011, p. 841 et s.
- GUERRERO (N.),** Saisies pénales : regard pratique sur l'actualité d'un dispositif de plus en plus utilisé, Gaz. pal., 24-25 juill. 2013, n°205 à 206, p. 5 et s.

GUERY (C.),

- La loi du 5 mars 2007 et l'instruction préparatoire, *in* Loi du 5 mars 2007 sur l'équilibre de la procédure pénale : premiers commentaires, A.J. pénal, 2007, dossier, p. 105 et s.
- Le juge d'instruction et le voleur de pommes : pour une réforme de la constitution de partie civile, D., 2003, chron., p. 1575 et s.
- Une détention provisoire exceptionnelle... mais souhaitable, A.J. pénal, 2004, p. 238 et s.
- Le juge des libertés et de la détention : un juge qui cherche à mériter son nom..., D., 2004, chron., p. 583 et s.
- Le tribunal correctionnel et les nullités de l'instruction, Dr. pénal, 2004, Etude n°6. Les pouvoirs de la chambre de l'instruction et la liberté du magistrat instructeur, D., 2007, chron., p. 603 et s.
- L'avenir du suspect, A.J. pénal, 2005, p. 232 et s.
- De la nécessité accrue, pour le témoin assisté, de l'être bien..., A.J. pénal, 2005, p. 111 et s.
- La personne mise en examen par le juge d'instruction après l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000, J.C.P., 2001, I, 359.
- Détention provisoire et culpabilité, D., 2006, point de vue, p. 1556 et s.
- Les paliers de la vraisemblance pendant l'instruction préparatoire, J.C.P., 1998, I, 140.
- Détention provisoire et culpabilité, D., 2006, point de vue, p. 1556 et s.
- La mort suspecte n'est plus ce qu'elle était !, J.C.P., 2008, I, 187.
- Mandats et suspects, A.J. pénal, 2004, dossier, p. 356 et s.
- De l'art de naviguer à vue : la saisine du juge d'instruction et le trafic de stupéfiants, Dr. pénal, 2008, Etude n°6.
- L'avenir du suspect (suite...), A.J. pénal, 2013, pratiques, p. 459 et s.
- De la disparition du : « toi rester au trou », et de certaines des conséquences procédurales en découlant, A.J. pénal, 2013, p. 656 et s.
- Nullité de procédure portant indirectement atteinte aux intérêts du requérant : état des lieux, D., 2014, chron., p. 1460 et s.

GUGLIELMI (G.), Le juge de l'application des peines est-il un chiroptère ?, Rev. sc. crim., 1991, chron., p. 622 et s.

GUIBAL (M.), De la proportionnalité, A.J.D.A., 1978, p. 477 et s.

GUIGUE (A.), Autour des méthodes positivistes, R.R.J., 2006, p. 1175 et s.

GUIHAL (D.), FOISSIER (T.), Le régime des poursuites pénales engagées contre un majeur protégé, J.C.P., 2007, I, 146.

GUIHO (P.), L'« avis motivé » de la chambre d'accusation sur une demande d'extradition, Mélanges A. CHAVANNE, Litec, 1990, p. 69 et s.

GUINCHARD (S.),

- Une certaine idée de la sécurité et de la liberté en France à travers vingt ans de discours politiques sur le sentiment d'insécurité, *in* Une certaine idée du droit, Mélanges A. DECOQCQ, Litec, 2004, p. 311 et s.
- Le temps dans la procédure civile, Annales de la faculté de droit de Clermont, 1983, fasc. 20, L.G.D.J., p. 21 et s.
- Menaces sur la justice des droits de l'homme et les droits fondamentaux de procédure, Etudes J. NORMAND, Litec, 2003, p. 209 et s.
- Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire, *in* Clés pour le siècle, Université Panthéon-Assas, Dalloz, 2000, p. 1135 et s.
- Vers une démocratie procédurale, Justices, 1999, Ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans, Dalloz, 1999, p. 91 et s.
- Le procès équitable : droit fondamental ?, A.J.D.A., 1998, n° spécial, p. 191 et s.
- Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ?, Mélanges G. FARJAT, Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?, 1999, éd. FRISON-ROCHE, p. 139 et s.
- Rapport de synthèse, *in* La défense pénale, R.P.D.P., 2010, n° spécial, p. 275 et s.
- Quels principes directeurs pour les procès de demain ?, Mélanges J. VAN COMPERNOLLE, Bruylant, 2004, p. 201 et s.

- Indépendance et impartialité du juge. Les principes de droit fondamental, *in* L'impartialité du juge et de l'arbitre. Etude de droit comparé, Bruylant, 2006, J. VAN COMPERNOLLE, G. TARZIA (dir.), p. 3 et s.
- Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction, *in* Code pénal et Code d'instruction criminelle. Livre du bicentenaire, Dalloz, 2010, p. 257 et s.
- La responsabilité des gens de justice. Rapport de synthèse, *in* La responsabilité des gens de justice, Justices, n°5, 1997, p. 109 et s.
- De l'irresponsabilité des juges d'instruction : pour combien de temps encore ?, *in* Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 349 et s.

GUIRIMAND (D.), Cour d'appel en matière correctionnelle, Jcl. proc. pén., art. 496 à 520, fasc. 20.

GUYENOT (J.),

- Le dessaisissement des juridictions dans la procédure pénale française, Rev. sc. crim., 1963, p. 279 et s.
- Le pouvoir de révision et le droit d'évocation de la chambre d'accusation, Rev. sc. crim., 1964, p. 559 et s.

GUYOMAR (M.),

- La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif, A.J.D.A., 2009, p. 413 et s.
- Le juge administratif, juge pénitentiaire, Mélanges Y. JEGOUZO, Dalloz, 2009, p. 471 et s.

HAARSCHER (G.), Droits de l'homme, *in* Dictionnaire de philosophie politique, P.U.F., Quadrige, 2003, P. RAYNAUD et S. RIALS (dir.), p. 190 et s.

HAERI (K.), **METZNER (O.)**, **REVEY (T.)**, Le secret et les avocats, *in* Le secret et les professionnels, R.D.A., n°4, 2011, p. 69 et s.

HAQUET (A.), Droit pénal constitutionnel ou droit constitutionnel pénal ?, *in* Constitutions et pouvoirs, Mélanges J. GICQUEL, Montchrestien, Lextenso, 2008, p. 233 et s.

HARDOUIN-LE GOFF (C.), Le consentement du délinquant ou l'entretien d'une illusion dans le procès pénal, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 343 et s.

HAURIOU (A.), Le pouvoir discrétionnaire et sa justification, Mélanges R. CARRE DE MALBERG, Sirey, 1933, p. 233 et s.

HAURIOU (M.),

- Police juridique et fond du droit, R.T.D.civ., 1926, p. 265 et s.
- Les éléments du contentieux, Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, 1905, p. 1 et s.

HEBRAUD (P.),

- Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques, Mélanges J. MAURY, t. II, Dalloz-Sirey, 1960, p. 419 et s.
- Le juge et la jurisprudence, Mélanges P. COUZINET, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329 et s.
- L'acte juridictionnel et la classification des contentieux. A propos de la condamnation pénale, Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, 1949 (Tome XIX), p. 131 et s.
- Observations sur la notion de temps en droit civil, Etudes offertes à P. KAYSER, P.U.A.M., t. 2, p. 1 et s.

HECQUARD-THERON (M.), De la mesure d'ordre intérieur, A.J.D.A., 1981, p. 235 et s.

HELFRE (H.), Essai de liste des actes interruptifs et des actes non interruptifs de prescription de l'action publique, Gaz. pal., 1987, doct., p. 427 et s.

HENAFF (P.), L'unité des notions-cadre, J.C.P., 2005, I, 189.

HENNEQUIN (S.), *Quid* de la captation de données informatiques ?, D., 2011, p. 1358 et s.

HENNETTE-VAUCHEZ (S.), Le principe de dignité dans la doctrine administrativiste, *in* La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation, P.U.F., 2005, C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), p. 54 et s.

HENNION-JACQUET (P.),

- Les nullités de l'enquête et de l'instruction : un exemple du déclin de la légalité procédurale, R.P.D.P., 2003, p. 7 et s.
- Que reste-t-il du secret des correspondances entre l'avocat et son client ? A propos de l'inadaptation des procédures de saisies aux principes communautaires, conventionnels et constitutionnels, D., 2013, chron., p. 1429 et s.

- La consécration légale du statut du suspect libre. Quand la transposition des directives européennes conduit à une dualité de régimes superflue, *Gaz. pal.*, 27-29 juill. 2014, n°208 à 210, p. 9 et s.

HENRION (H.), L'article préliminaire du Code de procédure pénale : vers une « théorie législative » du procès pénal ?, *Arch. pol. crim.*, 2001, n°23, p. 13 et s.

HENRY (A.), La responsabilité des magistrats en matière civile et pénale, *D.H.*, 1933, *chron.*, p. 97 et s.

HERAUD (G.), La validité juridique, *Mélanges J. MAURY*, t. II, Dalloz-Sirey, 1960, p. 477 et s.

HERMITTE (M.-A.), Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation : l'exemple des droits intellectuels, *Arch. phil. dr.*, 1985, t. 30, p. 331 et s.

HERON (J.),

- Rapport français sur l'ordre public, *Travaux de l'Association H. CAPITANT*, t. 49, 1998, *L.G.D.J.*, 2001, p. 943 et s.
- L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle, *R.R.J.*, 1993, p. 1083 et s.

HERZOG-EVANS (M.),

- Le principe de légalité et la procédure pénale, *Petites affiches*, 6 août 1999, p. 4 et s.
- Droit commun pour les détenus, *Rev. sc. crim.*, 1995, p. 621 et s.
- Une loi pénitentiaire comme unique réponse au problème carcéral ?, *R.P.D.P.*, 2005, p. 151 et s.
- Loi pénitentiaire n°2009-1436 du 24 novembre 2009 : changement de paradigme pénologique et toute puissance administrative, *D.*, 2010, *chron.*, p. 31 et s.
- La loi présomption d'innocence et l'exécution des peines : des avancées sur fond d'aberrations juridiques, *Petites affiches* du 24 août 2000 (1^{ère} partie), p. 4 et s. et *Petites affiches* du 25 août 2000 (2^{ème} partie), p. 4 et s.
- La loi relative à la prévention de la délinquance et l'exécution des peines, *D.*, 2007, *chron.*, p. 2174 et s.
- Principes directeurs d'une réforme, *A.J. pénal*, 2004, dossier, p. 385 et s.
- Le décret du 13 décembre 2004. Application et inapplication de la loi Perben 2, *D.*, 2005, *chron.*, p. 1597 et s.
- Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005, *D.*, 2006, *chron.*, p. 182 et s.
- La loi n°2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des « principes cardinaux » de notre droit, *A.J. pénal*, 2008, dossier, p. 161 et s.
- Fouilles corporelles et dignité de l'homme, *Rev. sc. crim.*, 1998, p. 735 et s.

HEUZE (V.), A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité, *J.C.P.*, 2005, I, 130.

HOUIN (R.), Rapport, *in* Le problème des fictions en droit civil, *Travaux de l'Association H. CAPITANT*, 1947, t. III, Dalloz, 1948, p. 242 et s.

HUBRECHT (H. G.), La notion de sanction administrative, *Petites affiches*, 17 janv. 1990, p. 6 et s.

HUET (A.), L'extradition de droit commun. Les innovations de la loi « Perben II » du 9 mars 2004, *Mélanges J. PRADEL*, Cujas, 2006, p. 1075 et s.

HUGUENEY (L.), Les droits de la défense devant le juge d'instruction, *Rev. sc. crim.*, 1952, p. 195 et s.

HUMMEL (J.), La volonté dans la pensée juridique de Jhering, *Droits*, 1999, n°28, p. 71 et s.

HUR-VARIO (N.-M.), L'administration de la preuve pénale : de l'irrecevabilité à la valeur probatoire, *R.P.D.P.*, 2012, p. 543 et s.

IZORCHE (M.-L.), Réflexions sur la distinction, *Mélanges C. MOULY*, t. I, Litec, 1998, p. 53 et s.

JACOPIN (S.), La réception par les lois pénales françaises contemporaines de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, *Dr. pénal*, 2006, Etude n°9.

JACQUOT (M.), **BROUTE (P.-E.)**, Les pouvoirs d'enquête en mer, *A.J. pénal*, 2012, dossier, p. 578 et s.

JAMIN (C.), La construction de la pensée juridique française : interrogations sur un modèle original à l'aune de son anti-modèle, *in* L'architecture du droit, *Mélanges M. TROPER*, Economica, 2006, p. 501 et s.

JANAS (M.), Le nouveau rôle du JAP, *A.J. pénal*, 2004, p. 394 et s.

JAOUEN (C.), ALBON (G.), LAMBERT (J.), La protection de la dignité et de l'intégrité corporelle, Dr. pénal, 2011, Etude n°19.

JARROSSON (C.), Réflexions sur l'*imperium*, Etudes offertes à P. BELLET, Litec, 1991, p. 245 et s.

JEAMMAUD (A.),

- La règle de droit comme modèle, D., 1990, chron., p. 199 et s.
- Contrainte, in Dictionnaire de la culture juridique, P.U.F.-Lamy, Quadrige, 2003, D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir.), p. 274 et s.

JEAN (J.-P.),

- De l'efficacité en droit pénal, in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 135 et s.
- Le ministère public français au regard des justices pénales d'Europe, A.J. pénal, 2011, dossier, p. 106 et s.

JEANDIDIER (W.),

- La tutelle du Conseil d'Etat sur les chambres d'accusation en matière d'extradition, Rev. sc. crim., 1979, p. 239 et s.
- La juridiction collégiale d'instruction du premier degré, Mélanges A. VITU, Cujas, 1989, p. 263 et s.
- Requiem pour la chambre d'accusation, J.C.P., 2000, I, 270.
- Les cas de nullité de l'instruction préparatoire au regard des droits de l'homme : cinq ans de jurisprudence de la chambre criminelle (1983-1987), Arch. pol. crim., 1989, n°11, p. 71 et s.
- La présomption d'innocence ou le poids des mots, Rev. sc. crim., 1991, p. 49 et s.
- Détention provisoire, Convention européenne des droits de l'homme et Code de procédure pénale, ou valse-hésitation de la chambre criminelle, Rev. sc. crim., 1986, p. 711 et s.

JEANNEAU (B.),

- La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps, E.D.C.E., 1981-1982, p. 33 et s.
- La nature des principes généraux du droit en droit français, Travaux de l'institut de droit comparé de l'université de Paris, 1962, t. 23, p. 203 et s.

JEGOZO (I.), Le mandat d'arrêt européen, acte de naissance de l'Europe judiciaire pénale, in Le mandat d'arrêt européen, Bruylant, 2005, Droit de l'Union européenne, M.-E. CARTIER (dir.), p. 33 et s.

JESTAZ (P.),

- La sanction ou l'inconnue du droit, D., 1986, chron., p. 197 et s.
- Qu'est-ce qu'un *résultat* en droit ?, Etudes offertes au professeur P. MALINVAUD, Litec, 2007, p. 293 et s.
- Rapport de synthèse sur les standards dans les divers systèmes juridiques, R.R.J., 1988, p. 1181 et s.
- Source délicate... (Remarques en cascades sur les sources du droit), R.T.D.civ., 1993, p. 73 et s.
- Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre, R.T.D.civ., 1996, p. 299 et s.
- Déclin de la doctrine ?, Droits, 1994, n°20, p. 85 et s.
- Genèse et structure du champ doctrinal, D., 2005, chron., p. 19 et s.
- La jurisprudence : réflexions sur un malentendu, D., 1987, chron., p. 11 et s.
- La jurisprudence, ombre portée du contentieux, D., 1989, chron., p. 149 et s.
- Une révolution inaperçue. A propos de l'acte juridique, R.T.D.civ., 2014, p. 67 et s.

JESTAZ (P.), JAMIN (C.),

- L'entité doctrinale française, D., 1997, chron., p. 167 et s.
- Doctrine et jurisprudence : cent ans après, R.T.D.civ., 2002, p. 1 et s.

JEZE (G.),

- L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux, R.D.P., 1909, p. 667 et s.
- De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel, R.D.P., 1913, p. 437 et s.

JIMENEZ DE ASUA (L.), La mesure de sûreté. Sa nature et ses rapports avec la peine, Rev. sc. crim., 1954, p. 21 et s.

JOLY-HURARD (J.), La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats, R.I.D.comp., 2006, p. 439 et s.

JOLY-SIBUET (E.), Restitution, Rép. pén. Dalloz.

JORION (B.), La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif, R.D.P., 1999, p. 197 et s.

JOUANJAN (O.), Remarques critiques sur *L'ordre juridique et le discours du droit*, D., 2014, p. 994 et s.

JOURDAIN (P.), BOULOC (B.), La contrainte en droit de la responsabilité civile et pénale, *in* La contrainte, Economica, Etudes juridiques, 2007, L. GRYNBAUM (dir.), p. 45 et s.

JOUBE (B.), Une institution contestée : l'application des peines, Gaz. pal., 1984, doct., p. 407 et s.

JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.), L'ordre public en droit privé interne, Etudes de droit civil à la mémoire de H. CAPITANT, Dalloz, Paris, 1939, p. 381 et s.

KARSENTY (D.),

- L'article 63-1 du Code de procédure pénale dans la jurisprudence récente de la chambre criminelle, Dr. pénal, 2000, chron. n°21.
- Le droit au procès équitable : évolution récente de la jurisprudence de la chambre criminelle, Rapport de la Cour de cassation 2001, La documentation française, 2002, p. 111 et s.
- La réparation des détentions, J.C.P., 2003, I, 108.

KAYSER (P.),

- La loi n°91-646 du 10 juillet 1991 et les écoutes téléphoniques, J.C.P., 1992, I, 3559.
- Le Conseil constitutionnel protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois, Mélanges P. RAYNAUD, Dalloz-Sirey, 1985, p. 329 et s.
- Aspects de la protection de la vie privée dans les sociétés industrielles, Mélanges G. MARTY, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 725 et s.
- La conformité à la Convention européenne des droits de l'homme et à la Constitution de la France des écoutes téléphoniques administratives, D., 1991, chron., p. 17 et s.

KELSEN (H.),

- Aperçu d'une théorie générale de l'Etat, R.D.P., 1926, p. 561 et s.
- Positivism juridique et doctrine du droit naturel, Mélanges J. DABIN, t. I, Sirey, 1963, p. 141 et s.

KOERING-JOULIN (R.),

- Des implications répressives du droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, Rev. sc. crim., 1986, p. 721 et s.
- Le juge impartial, Justices, 1998, n°10, p. 1 et s.
- De l'art de faire l'économie d'une loi (à propos de l'arrêt *Kruslin* et de ses suites), D., 1990, chron., p. 187 et s.
- Pour un retour à une interprétation stricte... du principe de la légalité criminelle (à propos de l'article 7, 1° de la Convention européenne des droits de l'homme), *Liber amicorum* M.-A. EISSEN, Bruylant-L.G.D.J., 1995, p. 247 et s.
- La présomption d'innocence, un droit fondamental ?, *in* La présomption d'innocence en droit comparé, Société de législation comparée, 1998, p. 19 et s.
- Introduction générale, *in* Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, 1996, p. 9 et s.
- La chambre criminelle et les droits reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme à l'« accusé » avant jugement, Mélanges G. LEVASSEUR, Gazette du Palais-Litec, 1992, p. 205 et s.
- La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6 par. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, Rev. sc. crim., 1990, p. 765 et s.
- La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6 par. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, Rev. sc. crim., 1990, p. 765 et s.
- La dignité de la personne humaine en droit pénal, *in* La dignité de la personne humaine, Economica, Etudes juridiques, 1999, M.-L. PAVIA et T. REVET (dir.), p. 67 et s.
- Article 5 §4, *in* La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), Economica, 2^{ème} éd., 1999, p. 229 et s.

- Article 5 §5, *in* La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), Economica, 2^{ème} éd., 1999, p. 235 et s.
- Mandat d'arrêt européen et contrôle du droit de l'Etat d'émission. D'un « degré de confiance élevé » à une confiance mesurée, *in* Etudes à la mémoire du professeur Bruno OPPETIT, Litec, 2009, p. 395 et s.
- Petit abécédaire de la chambre criminelle de la Cour de cassation, U comme *Unique objet*, Mélanges D. SCHMIDT, Joly, 2005, p. 327 et s.
- L'indemnisation des victimes d'erreurs judiciaires. La réforme nécessaire de l'article 626, alinéa 3, du Code de procédure pénale, *in* Le juge entre deux millénaires, Mélanges P. DRAI, Dalloz, 2000, p. 65 et s.
- Mandat d'arrêt européen et protection des droits fondamentaux, Mélanges J. HAUSER, Dalloz-LexisNexis, 2012, p. 193 et s.
- Arrestation provisoire préalable à l'extradition et article 5 §2 de la Convention européenne des droits de l'homme, *in* Politique(s) criminelle(s), Mélanges C. LAZERGES, Dalloz, 2014, p. 681 et s.

KOERING-JOULIN (R.), GALLET (J.-L.), L'application au fond de la Convention devant les juridictions répressives, *in* Droits de l'homme en France. Dix ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme devant les juridictions judiciaires françaises, Strasbourg, 1985, p. 77 et s.

KOERING-JOULIN (R.), SEUVIC (J.-F.), Droits fondamentaux et droit criminel, A.J.D.A., 1998, n° spécial, p. 106 et s.

KOERING-JOULIN (R.), TRUCHE (P.), Retour sur le champ « pénal » européen..., Mélanges L.-E. PETTITI, Bruylant, 1998, p. 513 et s.

KOVAR (R.), La notion de juridiction en droit européen, *in* Gouverner, administrer, juger, *Liber amicorum* J. WALINE, Dalloz, 2002, p. 607 et s.

KRENC (F.),

- La notion de « tribunal » au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, Mélanges PETROS J. PARARAS, Les droits de l'homme en évolution, Sakkoulas-Bruylant, 2009, p. 305 et s.
- De *Schenk* à *Gäfgen* : la preuve in conventionnelle à l'épreuve de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, *in* L'homme dans la société internationale, Mélanges P. TAVERNIER, Bruylant, 2013, p. 781 et s.

KRENC (F.), TULKENS (F.), L'avocat et la Convention européenne des droits de l'homme, *in* L'avocat, *Liber amicorum* Georges-Albert DAL, Larcier, 2014, p. 543 et s.

KUTY (F.), L'étendue du droit au silence en procédure pénale, R.P.D.C., 2000, p. 309 et s.

LAITHIER (Y.-M.), Remarques sur les conditions de la violence économique (2 parties), Petites affiches, 22 nov. 2004, p. 6 et s. et 23 nov. 2004, p. 5 et s.

LAGARDE (X.),

- Vérité et légitimité dans le droit de la preuve, Droits, n°23, 1996, p. 31 et s.
- Finalités et principes du droit de la preuve. Ce qui change, J.C.P., 2005, I, 133.

LAGAUCHE (P.), L'introduction du mandat d'arrêt européen dans notre droit positif, *in* Le mandat d'arrêt européen, Bruylant, 2005, Droit de l'Union européenne, M.-E. CARTIER (dir.), p. 81 et s.

LAMANDA (V.), Le juge judiciaire, juge naturel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *in* La conscience des droits, Mélanges J.-P. COSTA, Dalloz, 2011, p. 363 et s.

LAMBERT (P.), Les droits de l'homme à l'épreuve du principe de la dignité humaine, Mélanges PETROS J. PARARAS, Les droits de l'homme en évolution, Sakkoulas-Bruylant, 2009, p. 333 et s.

LAMBERT-ABDELGAWAD (E.), L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, A.J. pénal, 2010, p. 67 et s.

LAMPUE (P.),

- La notion d'acte juridictionnel, R.D.P., 1946, p. 5 et s.
- La distinction des contentieux, *in* La technique et les principes du droit public, Mélanges G. SCELLE, t. I, 1950, p. 285 et s.

LANGLOIS (L.), L'enquête de flagrant délit : son point de départ et sa durée, J.C.P., 1961, I, 1611.

LARGUIER (J.),

- Remarques sur l'évolution d'une voie de recours : le domaine de l'appel des ordonnances rendues par le juge d'instruction, *Mélanges A. VITU*, Cujas, 1989, p. 287 et s.
- L'action publique et l'action civile dans le Code de procédure pénale, *J.C.P.*, 1959, I, 1495.
- La non-imputation, sur les peines prononcées, des mesures prises pendant l'instruction, *Rev. sc. crim.*, 1974, *chron.*, p. 350 et s.
- Le secret de l'instruction et l'article 11 du Code de procédure pénale, *Rev. sc. crim.*, 1959, p. 313 et s.
- L'alcool, la police, et le sang, *D.*, 1962, *chron.*, p. 9 et s.
- Alcoolisme et mesures de sûreté (Commentaire de la loi du 15 avril 1954 sur le traitement des alcooliques dangereux pour autrui), *J.C.P.*, 1954, I, 1181.

LARGUIER (J. et A.-M.),

- La protection des droits de l'homme dans le procès pénal (dans le sens de la protection des droits des personnes suspectes ou poursuivies depuis l'enquête jusqu'à la fin du procès), *R.I.D.P.*, 1966, p. 95 et s.
- Le rejet de l'analyse rétroactive en matière pénale, *Rev. sc. crim.*, 1972, p. 759 et s.

LARNAUDE (M.), Les garanties de la liberté individuelle (rapport), *Bull. de la société générale des prisons (R.P.D.P.)*, 1901, p. 185 et s.

LAROCQUE (M.), Le contrôle juridictionnel de la détention préventive, *in* *Détention provisoire, contrôle judiciaire et garde à vue. Les problèmes soulevés par leur contrôle juridictionnel*, XII^e journées franco-belgo-luxembourgeoises de droit pénal, *P.U.F.*, 1971, p. 119 et s.

LARONDE-CLERAC (C.), La pratique jurisprudentielle des nullités en procédure pénale, *Dr. pénal*, 2013, Etude n°9.

LARRALDE (J.-M.),

- La réforme du régime disciplinaire des détenus, *A.J.D.A.*, 1996, *doctr.*, p. 780 et s.
- Les règles pénitentiaires européennes, instrument d'humanisation et de modernisation des politiques carcérales, *R.T.D.H.*, 2007, p. 993 et s.
- L'article 3 CEDH et les personnes privées de liberté, *in* *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2006, C.-A. CHASSIN (dir.), p. 209 et s.

LASSALLE (J.-Y.), Les délais de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit pénal français, *R.T.D.H.*, 1993, p. 263 et s.

LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), Les droits de la défense : nouvelle cause prétorienne d'irresponsabilité pénale, *R.P.D.P.*, 2006, p. 537 et s.

LASSERRE-KIESOW (V.), L'égalité, *J.C.P.*, 2010, Etude, 643.

LATOURNERIE (R.), Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Ou jouvence ?, *E.D.C.E.*, 1960, p. 61 et s.

LAVIELLE (B.), MANTEAUX (E.), L'article 18, alinéa 5, du Code de procédure pénale : ingéniosité ou incongruité ?, *A.J. pénal*, 2005, p. 67 et s.

LAZERGES (C.),

- Le rôle du Conseil constitutionnel en matière de politique criminelle, *C.C.C.*, 2009, n°26, p. 34 et s.
- De l'écriture à l'usage de l'article préliminaire du Code de procédure pénale, *in* *Le champ pénal*, *Mélanges R. OTTENHOF*, Dalloz, 2006, p. 71 et s.
- De la judiciarisation à la juridictionnalisation de l'exécution des peines par la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *Mélanges P. COUV RAT*, *P.U.F.*, 2001, p. 489 et s.
- Les désordres de la garde à vue, *Rev. sc. crim.*, 2010, p. 275 et s.
- La présomption d'innocence en Europe, *Arch. pol. crim.*, 2004, n°26, Pedone, p. 127 et s.
- La présomption d'innocence, *in* *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 20^{ème} éd., 2014, R. CABRILLAC (dir.), n°668 et s., p. 611 et s.
- La séparation des fonctions de justice. A propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 7 avril 1993, *Rev. sc. crim.*, 1994, p. 75 et s.
- La dérive de la procédure pénale, *Rev. sc. crim.*, 2003, *chron.*, p. 644 et s.

- Dédoulement de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux, *in* Les droits et le Droit, Mélanges B. BOULOC, Dalloz, 2007, p. 573 et s.
- Propos introductifs, *in* Le rapport LEGER : analyse des propositions, A.J. pénal, 2009, dossier, p. 385 et s.
- La mutation du modèle protectionniste de la justice des mineurs, *Rev. sc. crim.*, 2008, p. 200 et s.
- La question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel en droit pénal : entre audace et prudence, *Rev. sc. crim.*, 2011, chron., p. 193 et s.
- Dix ans d'existence du 10^{ème} principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs, *in* La Constitution, l'Europe et le droit, Mélanges J.-C. MASCLET, *Liber amicorum discipulorumque*, Paris I, Publications de la Sorbonne, 2013, C. BOUTAYEB (dir.), p. 283 et s.

LAZERGES (C.), ROUSSEAU (D.), Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2003, *R.D.P.*, 2003, p. 1147 et s.

LEAUTE (J.),

- Les principes généraux relatifs aux droits de la défense, *Rev. sc. crim.*, 1953, p. 47 et s.
- Pour une responsabilité de la puissance publique en cas de détention préventive abusive, *D.*, 1966, chron., p. 61 et s.

LEBLOIS-HAPPE (J.),

- Continuité et discontinuité dans les nouvelles réformes de la procédure pénale, *J.C.P.*, 2007, I, 181.
- Les yeux et les oreilles de la justice pénale, *in* De code en code, Mélanges G. WIEDERKEHR, Dalloz, 2009, p. 499 et s.
- Le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation, *Travaux de l'institut de sciences criminelles et de la justice*, n°1, Cujas, 2011, J.-C. SAINT-PAU (dir.), p. 295 et s.
- Police et justice – quels rapports ?, *in* Les investigations policières, P.U.A.M., 2012, J. LEBLOIS-HAPPE (dir.), p. 117 et s.
- La directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *in* Questions de droit pénal international, européen et comparé, Mélanges A. FOURNIER, Presses universitaires de Nancy, 2013, p. 245 et s.
- Manifeste pour une procédure pénale européenne, *A.J. pénal*, 2014, p. 6 et s.

LEBORGNE (A.),

- L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe, *R.T.D.civ.*, 1996, p. 535 et s.
- Droit de l'exécution, *D.*, 2011, pan., p. 1509 et s.

LEBORGNE (A.), MOUSSA (T.), Lutte contre la criminalité, entraide européenne et procédures civiles d'exécution, *in* Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges S. GUINCHARD, Dalloz, 2010, p. 303 et s.

LEBRETON (G.), Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine, Mélanges P. GELARD, *Droit constitutionnel*, Montchrestien, 1999, p. 53 et s.

LE CALVEZ (J.),

- L'article 80-1, alinéa 1^{er}, du Code de procédure pénale et la nullité de la mise en examen, *D.*, 2002, chron., p. 2277 et s.
- L'inculpation et la présomption d'innocence, *Gaz. pal.*, 1987, chron., p. 681 et s.

LECLERC (H.),

- La dérive des libertés en France, *Petites affiches*, 7 avril 2005, n°69, p. 19 et s.
- Le temps de la réflexion est indispensable, *in* L'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale, *A.J. pénal*, 2010, dossier, p. 167 et s.

LE COZ (N.), L'audition des personnes soupçonnées dans les enquêtes pénales. Retour sur certaines modifications du Code de procédure pénale issues de la loi du 27 mai 2014, *A.J. pénal*, 2014, dossier, p. 320 et s.

LEGAL (A.),

- Les pouvoirs du juge de l'application des peines et leur évolution, *Rev. sc. crim.*, 1975, p. 311 et s.
- La nature juridique de la contrainte par corps, *Rev. sc. crim.*, 1965, chron., p. 867 et s.

LE GALL (H.-C.), Mandats d'arrêt et mandats d'amener, *Gaz. pal.*, 1985, doct., p. 117 et s.

LE GALL (J.-P.), A quel moment le contradictoire ? Une application de la Convention européenne des droits de l'homme, *Gaz. pal.*, 1996, doct., p. 691 et s.

LEGEAIS (R.),

- Le Conseil constitutionnel français, protecteur du droit de propriété, *Mélanges R. LEGEAIS*, Cujas, 2003, p. 201 et s.
- La présomption d'innocence et les juridictions de jugement. Etude comparée du droit français et du droit anglais, *Mélanges R. LEGEAIS*, Cujas, 2003, p. 345 et s.
- Constitution française, Convention européenne des droits de l'homme et protection des personnes contre les abus policiers, *in Droits de l'individu et police*, Thémis-litec, 1990, p. 229 et s.
- Constitution française, Convention européenne des droits de l'homme et protection des personnes contre les abus policiers, *Mélanges R. LEGEAIS*, Cujas, 2003, p. 237 et s.

LEGROS (R.), Les notions à contenu variable en droit pénal, *in Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, 1984, p. 21 et s.

LE GUNEHEC (C.), Les libertés et la procédure, *in La Cour de cassation et les libertés*, La Documentation française, 1988, p. 69 et s.

LE GUNEHEC (F.),

- Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Quatrième et dernière partie : dispositions concernant l'application des peines et l'après-jugement, *J.C.P.*, 2000, act., p. 1407 et s.
- Présentation de la loi n°99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale (deuxième partie), *J.C.P.*, 1999, act., p. 1393 et s.

LEMEE (J.), La règle « pas de nullité sans grief » depuis le Nouveau code de procédure civile, *R.T.D.civ.*, 1982, p. 23 et s.

LEMOINE (P.),

- La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle), *Rapport annuel de la Cour de cassation 2004*, p. 141 et s.
- Le délit d'association de malfaiteurs et la circonstance de bande organisée, *R.P.D.P.*, 2007, p. 277 et s.

LE MONNIER DE GOUVILLE (P.),

- De l'usage du standard en procédure pénale, *R.D.A.*, n°9, 2014, p. 43 et s.
- Le régime juridique de la géolocalisation : une pierre de plus à la mosaïque processuelle pénale, *Gaz. pal.*, 27-29 juill. 2014, n°208 à 210, p. 4 et s.

LEMONTEY (J.), De la doctrine à la loi par la jurisprudence, *Mélanges J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 481 et s.

LENNON (J.-L.),

- Les raisons justifiant le placement en garde à vue du suspect, *D.*, 2006, chron., p. 887 et s.
- Les aspects coercitifs et intrusifs de l'enquête préliminaire ou l'effritement de la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire, *Dr. pénal*, 2007, Etude n°21.

LEPAGE (A.),

- Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010, *J.C.P.*, 2010, Etude, 335.
- Un an de droit pénal des nouvelles technologies, *Dr. pénal*, 2008, chron. « un an de... » n°10.
- Un an de droit pénal des nouvelles technologies, *Dr. pénal*, 2007, chron. « un an de... » n°6.
- Le Code pénal et la protection de la personnalité : propos sur l'autonomie et la codification du droit pénal, *in Code pénal et Code d'instruction criminelle. Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 507 et s.

LE POGAM (M.),

- Le Conseil supérieur de la magistrature, au cœur du défi déontologique, *D.*, 2010, chron., p. 1581 et s.
- Réforme du Conseil supérieur de la magistrature : entre ouverture et autonomie, *J.C.P.*, 2010, Etude, 982.

LERNELL (L.), Réflexions sur l'essence de la peine privative de liberté. De certains aspects psychologiques et philosophiques de la peine de prison, *in* Etudes en l'honneur de J. GRAVEN, Librairie de l'Université de Genève, 1969, p. 91 et s.

LEROY (J.),

- Garde à vue, Jcl. proc. pén., App. art. 53 à 73, fasc. 20.
- La garde à vue : des pistes pour une réforme, *in* La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, Thèmes et commentaires, V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), p. 179 et s.
- La décision du Conseil constitutionnel sur la nouvelle garde à vue : une décision dérangeante, *Dr. pénal*, 2012, Etude n°4.
- Le fameux article 105, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 417 et s.
- Garde à vue : le droit à l'avocat, *Gaz. pal.*, 28-30 juill. 2013, n°209 à 211, p. 19 et s.

LE ROY (M.), Un délicat problème d'instruction criminelle : la restitution des objets placés sous main de justice, *J.C.P.*, 1949, I, 808.

LEROYER (A.-M.), **NICOD (M.)**, La contrainte en droit de la famille, *in* La contrainte, *Economica*, Etudes juridiques, 2007, L. GRYNBAUM (dir.), p. 103 et s.

LESCLOUS (V.),

- Un an de droit de la garde à vue, *Dr. pénal*, 2007, chron. « un an de... » n°3.
- Un an de droit de la garde à vue, *Dr. pénal*, 2008, chron. « un an de... » n°7.
- Un an de droit de la garde à vue, *Dr. pénal*, 2009, chron. « un an de... » n°8.
- Un an de droit de la garde à vue, *Dr. pénal*, 2010, chron. « un an de... » n°7.
- Un an de droit de la garde à vue, *Dr. pénal*, 2012, chron. « un an de... » n°7.
- Un an de droit de la garde à vue, *Dr. pénal*, 2013, chron. « un an de... » n°8.
- Un an de droit de la garde à vue, *Dr. pénal*, 2014, chron. « un an de... » n°8.
- La présence obligatoire de l'avocat en garde à vue. Point de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Dr. pénal*, 2010, dossier, n°2.

LESCLOUS (V.), **MARSAT (C.)**,

- Du procès pénal et du juge à propos des empreintes génétiques, *Dr. pénal*, 1998, chron. n°17.
- L'existence d'une nullité est-elle soumise à l'exigence d'un grief ?, *Dr. pénal*, 1997, chron. n°9.
- Presse : devoir d'impartialité du journaliste face à la mise en cause des enquêteurs par un malfaiteur, *Dr. pénal*, 1998, chron. n°9.
- Contentieux de la détention. Grève et force majeure, *Dr. pénal*, 1998, chron. n°29.

LESCLOUS (V.), **VALAT (J.-P.)**, Mandats, *Jcl. proc. pén.*, art. 122 à 136.

LEUPRECHT (P.), Résurgence de la bête immonde – retour et banalisation de la torture, *Mélanges PETROS J. PARARAS*, éd. Ant. N. Sakkoulas-Bruylant, p. 349 et s.

LEVADE (A.),

- L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable, *Mélanges P. PACTET*, *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003, p. 687 et s.
- Les nouveaux défis de la magistrature. A propos du rapport 2012 du C.S.M., *J.C.P.*, 2013, 1094.

LEVASSEUR (G.),

- L'influence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur les privations ou restrictions de liberté antérieures au jugement répressif, *Les cahiers du droit*, 1985, p. 77 et s.
- Réflexions sur la compétence. Un aspect négligé du principe de légalité, *Recueil d'études en hommage à L. HUGUENEY*, *Problèmes contemporains de procédure pénale*, Sirey, 1964, p. 13 et s.
- Vers une procédure d'instruction contradictoire, *Rev. sc. crim.*, 1959, p. 297 et s.
- Rapport de synthèse au 5^{ème} Colloque organisé par l'institut de criminologie de Lille, *R.P.D.P.*, 1980, p. 401 et s.
- Aperçu sur la judiciarisation de l'exécution des sanctions répressives, *R.P.D.P.*, 1983, p. 327 et s.

- De quelques singularités des voies de recours en matière répressive, Mélanges J. VINCENT, Dalloz, 1981 p. 213 et s.
 - Le droit de la preuve en droit pénal français, *in* La preuve en droit, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, 1981, p. 178.
 - Les nullités de l'instruction préparatoire, Recueil d'études à la mémoire de M. PATIN, Cujas, 1965, p. 471 et s.
- LEVASSEUR (G.), BONNARD (H.),** Extradition. Notions générales, Jcl. proc. pén, art. 689 à 696, fasc. 5.
- LEVY (T.),** Les faiblesses de la défense en matière pénale, *in* Regards sur la défense pénale, *Liber amicorum* V. DURTETTE, Mare et martin, Droit et science politique, 2009, p. 71 et s.
- LIBCHABER (R.),** *L'ordre juridique et le discours du droit* : présentation de l'ouvrage, D., 2014, p. 985 et s.
- LIET-VEAUX (G.),** La caste des intouchables, ou la « théorie » du délit de service, D., 1952, chron., p. 133 et s.
- LOBIN (Y.),** La notion de grief dans les nullités des actes de procédure, Mélanges J. VINCENT, Dalloz, 1981, p. 233 et s.
- LOCHAK (D.),**
- Les bornes de la liberté, Pouvoirs, 1998, n°84, p. 15 et s.
 - Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ?, Pouvoirs, 1986, n°13, p. 35 et s.
- LOCHOUARN (D.),** La contrainte par corps : nature, évolution, actualité, Rev. des huissiers, 1998, p. 449 et s.
- LOLOUM (F.), NGUYEN-HUU (P.),** Le Conseil constitutionnel et les réformes du droit pénal en 1986, Rev. sc. crim., 1987, p. 565 et s.
- LOMBARD (M.),**
- La responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle et la loi du 5 juillet 1972, R.D.P., 1975, p. 585 et s.
 - La responsabilité du fait du service public de la justice. Trente ans après la loi du 5 juillet 1972, *in* Gouverner, administrer, juger, *Liber amicorum* J. WALINE, Dalloz, 2002, p. 657 et s.
- LOMBOIS (C.),** La présomption d'innocence, Pouvoirs, 1990, n°55, p. 81 et s.
- LORVELLEC (L.),** Remarques sur le provisoire en droit privé, Mélanges A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, p. 385 et s.
- LOUIS-LUCAS (P.),** Vérité matérielle et vérité juridique, Mélanges R. SAVATIER, Dalloz, 1965, p. 583 et s.
- LUCAZEAU (G.),**
- L'action du parquet selon le rapport du comité de réflexion sur la justice pénale, Dr. pénal, 2009, dossier, n°5.
 - Le délai raisonnable est-il bien raisonnable ?, J.C.P., 2009, I, 103.
- LUCHAIRE (F.),**
- Le fisc, la liberté individuelle et la Constitution, Mélanges P.-M. GAUDEMET, Etudes de finances publiques, Economica, 1984, p. 603 et s.
 - La vidéosurveillance et la fouille des voitures devant le Conseil constitutionnel, R.D.P., 1995, p. 575 et s.
 - La sûreté : droit de l'homme ou sabre de M. Prudhomme ?, R.D.P., 1989, p. 609 et s.
- LUCIANI (J.-F.),** Le secret professionnel de l'avocat pénaliste, *in* La défense pénale, R.P.D.P., 2010, n° spécial, p. 39 et s.
- LUDET (D.),** Les mécanismes actuels de la responsabilité des magistrats doivent-ils être modifiés ?, *in* La responsabilité des magistrats, Entretiens d'Aguesseau, PULIM, 2008, S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), p. 207 et s.
- LUGATO (M.),** Mandat d'arrêt européen, extradition et droit à un procès équitable, R.G.D.I.P., 2008, p. 601 et s.
- LUHMANN (N.),** L'unité du système juridique, Arch. phil. dr., 1986, p. 163 et s.
- MADIOT (Y.),** Le contrôle administratif de la police, *in* Droits de l'individu et police, Thémis-litec, 1990, p. 139 et s.
- MAGENDIE (J.-C.),** La responsabilité des magistrats, D., 2003, chron., p. 1177 et s.
- La responsabilité des magistrats : contribution à une réflexion apaisée, D., 2005, chron., p. 2414 et s.

MAIL-FOUILLEUL (S.), Les droits de la défense et le juge de l'application des peines, Dr. pénal, 2001, chron., n°7.

MAISTRE DU CHAMBON (P.),

- Propos critiques et désabusés sur une réforme mort-née de la procédure pénale, Mélanges J. LARGUIER, Presses universitaires de Grenoble, 1993, p. 191 et s.
- Le déclin du principe de la légalité en matière pénale, Mélanges en l'honneur du doyen R. DECOTTIGNIES, Presses universitaires de Grenoble, 2003, p. 209 et s.
- La régularité des provocations policières : l'évolution de la jurisprudence, J.C.P., 1989, I, 3422.

MALABAT (V.),

- Confiance mutuelle et mise en œuvre du mandat d'arrêt européen, *in* Justices et droit du procès, Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges S. GUINCHARD, Dalloz, 2010, p. 975 et s.
- La garde à vue : le point de vue du professeur, *in* La procédure pénale française est-elle soluble dans la Convention européenne des droits de l'homme ?, R.D.A., n°2, 2010, p. 65 et s.
- Droit à la sûreté et droit pénal, *in* Le droit à la sûreté. Etat des lieux, état du droit, Cujas, Actes et études, 2012, L. GARRIDO (dir.), p. 43 et s.
- L'avant-projet du futur Code de procédure pénale : refonte, simplification ou confusion des phases de la procédure pénale ?, A.J. pénal, 2010, dossier, p. 162 et s.
- Responsabilité et irresponsabilité pénale, C.C.C., 2009, n°26, p. 28 et s.
- Observations sur la nature du mandat d'arrêt européen, Dr. pénal, 2004, Etude n°17.
- Les procédés de l'internationalisation du droit pénal. Rapport de synthèse, Dr. pénal, 2006, Etude n°17.
- Les sources du droit pénal : la loi, toute la loi, rien que la loi... Ou presque, *in* La mutation des sources en droit privé, R.D.A., n°5, 2012, p. 83 et s.

MALAUURIE (P.),

- La jurisprudence combattue par la loi, Mélanges R. SAVATIER, Dalloz, 1965, p. 603 et s.
- Rapport français sur le droit civil et rural, *in* Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges, Travaux de l'association H. CAPITANT, 1980, t. XXXI, Economica, 1982, p. 81 et s.
- La jurisprudence parmi les sources du droit, Defrénois, 2006, n°6, doctr., 38352, p. 476 et s.

MALHERBE (J.), Le juge de l'application des peines, Rev. sc. crim., 1959, p. 635 et s.

MAOUENE (M.), L'affirmation du principe de réparation à raison d'une détention provisoire injustifiée en droit algérien : l'apport du droit pénal français, R.P.D.P., 2010, p. 397 et s.

MARAIS (D.), Insatisfaisant ! A propos de la réforme de la garde à vue, J.C.P., 2011, libres propos, 540.

MARC (G.), Réflexions sur le nouveau pouvoir reconnu au juge de l'application des peines d'imposer des obligations supplémentaires aux probationnaires en cours d'épreuve, Rev. sc. crim., 1971, chron., p. 1007 et s.

MARECHAL (J.-Y.), Les droits de la défense durant l'enquête de police. A propos de l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme du 29 avril 2014, J.C.P., 2014, 605.

MARGUENAUD (J.-P.),

- Conclusions générales, *in* Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, Petites affiches, 5 mars 2009, p. 119 et s.
- La nuit en procédure pénale, *in* Les droits et le Droit, Mélanges B. BOULOC, Dalloz, 2007, p. 721 et s.
- La dérive de la procédure pénale française au regard des exigences européennes, D., 2000, chron., p. 249 et s.
- La responsabilité des magistrats sous le regard de l'Europe : les apports de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour, *in* La responsabilité des magistrats, Entretiens d'Aguesseau, PULIM, 2008, S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), p. 109 et s.
- Le rayonnement interprétatif de la version française de la CEDH, *in* L'homme et le droit, En hommage au Professeur Jean-François FLAUSS, Pedone, 2014, p. 557 et s.

MARGUENAUD (J.-P.), PLAZY (J.-M.), ROETS (D.), Les majeurs protégés, parties au procès pénal, Rapport de l'Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques, Limoges, 2003, n°31, p. 27.

MARGUENAUD (J.-P.), ROETS (D.), L'encadrement par la norme internationale (quatrième conférence), *in* La procédure pénale en quête de cohérence, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 191 et s.

MARIE (C.), La contrainte dans le procès, *in* La contrainte, Economica, Etudes juridiques, 2007, L. GRYNBAUM (dir.), p. 121 et s.

MARON (A.),

- Conditions d'exercice des contrôles et vérifications d'identité, J.C.P., 1992, I, 3601.
- La garde à vue fait une poussée de bourbouille, Dr. pénal, 1999, chron. n°5.
- Troisième messe de requiem pour la garde à vue, *in* La garde à vue sous contrôle judiciaire, Dr. pénal, 2010, dossier n°9, article n°11.
- La détention nouvelle est arrivée (2^{ème} partie), Dr. pénal, 1998, chron. n°1.

MARON (A.), HAAS (M.), Tandis que les gardes à vue explosent, la garde à vue implose..., Dr. pénal, 2010, dossier n°3.

MAROT (P.-Y.), Fonctions et mutations des fichiers de police (Surveiller, enquêter et punir), A.J. pénal, 2007, dossier, p. 61 et s.

MARQUSET (J.), L'acte d'instruction, Rec. dr. pénal, 1957, p. 41 et s.

MARSAT (C.), Détention provisoire. Des difficultés d'application de l'article 5 §3 de la C.E.S.D.H., Dr. pénal, 1999, chron., n°14.

MARTENS (P.),

- L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité, Mélanges J. VELU, t. I, Présence du droit public et des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 49 et s.
- Encore la dignité humaine : réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte, Mélanges P. LAMBERT, Bruylant, 2000, p. 561 et s.

MARTIN (R.), La justice en faute lourde ou simple, Procédures, 2001, chron. n°8.

MASSE (M.),

- Notes brèves sur la rencontre de deux expressions : crime organisé et espace judiciaire européen, Rev. sc. crim., 2000, p. 469 et s.
- L'entraide judiciaire internationale, version française, Rev. sc. crim., 2004, p. 470 et s.
- Protection procédurale contre les abus de la police en droit français, *in* Droits de l'individu et police, Thémis-litec, 1990, p. 243 et s.

MASSIAS (F.),

- Le champ pénal européen selon la Cour européenne des droits de l'homme : interprétation autonome et applicabilité des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, *in* Le champ pénal, Mélanges R. OTTENHOF, Dalloz, 2006, p. 89 et s.
- Le réexamen des décisions définitives intervenues en violation de la Convention européenne des droits de l'homme, Rev. sc. crim., 2001, p. 123 et s.

MASSOT (J.), Portée et conséquences de l'annulation par le juge d'un acte administratif, E.D.C.E., 1979-1980, n°31, p. 111 et s.

MATHIAS (E.), Pour une loi des suspects... libres (à propos du projet de loi relatif à la garde à vue), Dr. pénal, 2011, Etude n°6.

MATHIEU (B.),

- Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme, D., 1995, chron., p. 211 et s.
- La responsabilité pénale des ministres devant la Cour de justice de la République (commentaire de la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993), R.F.D.C., 1993, p. 601 et s.
- La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ?, D., 1996, chron., p. 282 et s.
- La dignité. Avatars d'un principe malmené, J.C.P., 2010, 709.
- Jurisprudence relative à la question prioritaire de constitutionnalité (31 janvier-29 avril 2013), J.C.P., 2013, chron., 623.
- Jurisprudence relative à la question prioritaire de constitutionnalité (25 avril-11 juillet 2014), J.C.P., 2014, chron., 880.

MATHIEU (G.), La purge des nullités par l'ordonnance de renvoi : étude d'un problème particulier, D., 2000, point de vue, p. V.

MATSOPOULOU (H.),

- Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux, Dr. pénal, 2008, Etude n°5.
- La confiscation spéciale dans le nouveau code pénal, Rev. sc. crim., 1995, p. 301 et s.
- Le renouveau des mesures de sûreté, D., 2007, chron., p. 1607 et s.
- Le juge des libertés et de la détention : un acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ?, D., 2008, chron., p. 1494 et s.
- Modalités de la preuve et transformations dans le recueil et l'administration de la preuve, Arch. pol. crim., n°26, Pedone, 2004, p. 141 et s.
- Garde à vue : la Cour de cassation partagée entre conventionnalité et constitutionnalité. A propos des arrêts de la chambre criminelle du 19 oct. 2010, J.C.P., 2010, aperçu rapide, 1104.
- Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 411 et s.
- La coordination enquête policière et « nouvelle » instruction, in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, Thèmes et commentaires, V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), p. 193 et s.
- Une réforme inachevée. A propos de la loi du 14 avril 2011, J.C.P., 2011, 542.
- La nouvelle peine de « contrainte pénale » est-elle nécessaire ?, J.C.P., 2013, 1153.
- Une nouvelle réforme de la procédure pénale ? Les principales propositions de la mission de réflexion sur les possibles évolutions de la procédure pénale, J.C.P., 2014, 957.

MAURICE-HERSANT (A.), Réflexions sur l'article 802 du Code de procédure pénale, D., 1976, chron., p. 117 et s. et D., 1979, chron., p. 259 et s.

MAURO (C.),

- Contrainte et droit pénal international, in La contrainte, Economica, Etudes juridiques, 2007, L. GRYNBAUM (dir.), p. 151 et s.
- Réflexions sur la garde à vue. A propos de l'arrêt *Brusco c/ France* de la Cour européenne des droits de l'homme du 14 octobre 2010, Dr. pénal, 2010, Etude n°29.
- Procureur de la République et procureur européen : mêmes enjeux, A.J. pénal, 2011, dossier, p. 119 et s.

MAURY (J.),

- Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence, R.I.D.C., 1951, p. 485 et s.
- Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives, Recueil d'études en l'honneur d'E. LAMBERT, t. I, Introduction à l'étude du droit comparé, L.G.D.J., 1938, réimpr. 1973, § 35, p. 421 et s.
- Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit, Etudes en l'honneur de G. RIPERT, L.G.D.J., 1950, t. I, p. 28 et s.

MAUS (D.), Regards sur l'écriture de l'article 66 de la Constitution de 1958 : un *habeas corpus* à la française ?, in L'homme et le droit, En hommage au Professeur Jean-François FLAUSS, Pedone, 2014, p. 571 et s.

MAYAUD (Y.),

- La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008, D., 2008, chron., p. 1359 et s.
- Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale, Mélanges R. GASSIN, P.U.A.M., 2007, p. 293 et s.
- La garde à vue « à la française » aux oubliettes ?, D., 2010, entretien, p. 2696.
- Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé, R.I.D.P., 1997, p. 793 et s.
- Le parquet entre le juge et l'avocat (à propos de l'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale), D., 2010, point de vue, p. 773 et s.
- Le statut du ministère public : le point de vue du professeur, in La procédure pénale française est-elle soluble dans la Convention européenne des droits de l'homme ?, R.D.A., n°2, 2010, p. 55 et s.

MAYER (D.),

- Principes constitutionnels et principes généraux applicables en droit pénal français, *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 53 et s.
- Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ?, *D.*, 2001, *chron.*, p. 1643 et s.
- Prévention et répression en matière de contrôles d'identité : une distinction trompeuse, *D.*, 1993, *chron.*, p. 272 et s.
- Evolution de l'attitude de la chambre criminelle de la Cour de cassation française à l'égard de la Convention européenne des droits de l'homme, *Mélanges G. LEVASSEUR, Litec*, 1992, p. 239 et s.

MAYER (P.), Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence, *R.C.D.I.P.*, 1979, p. 1 et s., p. 349 et s. et p. 537 et s.

MEINDL (T.), Les implications constitutionnelles de la suppression du juge d'instruction, *Rev. sc. crim.*, 2010, *doctr.*, p. 395 et s.

MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), Le principe de la garantie des droits de la défense. Le point de vue du constitutionnaliste, *in* *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal*, Cujas, Actes & études, 2013, F. HOURQUEBIE et V. PELTIER (dir.), p. 69 et s.

MERLE (R.),

- Le corps humain, la justice pénale et les experts, *J.C.P.*, 1955, I, 1219.
- La liberté et la détention au cours de l'instruction dans la loi du 17 juillet 1970, *Rev. sc. crim.*, 1971, p. 567 et s.
- L'inculpation, *Mélanges L. HUGUENEY, Sirey*, 1964, p. 111 et s.
- La Convention européenne des droits de l'homme et la justice pénale française, *in* *La plume et la parole*, *Mélanges R. MERLE, Cujas*, 1993, p. 167 et s.
- La garde à vue, *Gaz. pal.*, 1969, 2^{ème} sem., *doctr.*, p. 18 et s.
- Le problème du contrôle juridictionnel de la garde à vue, *in* *Détention provisoire, contrôle judiciaire et garde à vue. Les problèmes soulevés par leur contrôle juridictionnel*, *P.U.F.*, 1971, p. 155 et s.
- Le problème du contrôle juridictionnel de la garde à vue, *Mélanges P. COUZINET, Université des sciences sociales de Toulouse*, 1974, p. 551 et s.
- La Convention européenne des droits de l'homme et la justice pénale française, *D.*, 1981, *chron.*, p. 227 et s.

MESCHERIAKOFF (A.-S.), La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente, *A.J.D.A.*, 1976, p. 596.

MICHALSKI (C.),

- La mise en cause d'autrui, *A.J. pénal*, 2007, dossier, p. 10 et s.
- La recherche et la saisie des preuves électroniques, *Gaz. pal.*, 9-11 fév. 2014, n°40 à 42, p. 12 et s.
- La défense censitaire du suspect libre, *Gaz. pal.*, 27-29 juill. 2014, n°208 à 210, p. 16 et s.

MICHAUD (J.),

- Le « Janus » de la magistrature, *Rev. sc. crim.*, 1974, p. 666 et s.
- La carrière du juge d'instruction, *Rev. sc. crim.*, 1978, *chron.*, p. 711 et s.

MICHAUD (F.), Vers une conception postmoderne du droit. La notion de droit chez Ronald DWORKIN, *Droits*, 1990, n°2 (définir le droit/2), *P.U.F.*, 1990, p. 107 et s.

MIEN (D.), BARRE (J.-F.), Reste-t-il des droits de la défense en phase d'enquête ?, *A.J. pénal*, 2004, dossier, p. 235 et s.

MIEN (D.), LUCIANI (J.-F.), Nouvelle entaille dans les droits de la défense : la liberté de communication entre l'avocat et son client remise en cause, *A.J. pénal*, 2003, p. 64.

MIHMAN (A.), La confiscation des profits illicites, *Gaz. pal.*, 11-13 mai 2014, n°131 à 133, p. 9 et s.

MILANO (L.), Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne, *R.T.D.H.*, 2008, p. 1059 et s.

MIMIN (P.),

- Pitié pour la chambre d'accusation, *J.C.P.*, 1956, I, 1324.
- La nouvelle enquête policière, *J.C.P.*, 1959, I, 1500.

MINET (J.-J.), En finir avec la présomption d'innocence, *Gaz. pal.*, 1994, *Libres propos*, p. 1366.

MINIATO (L.), Réflexions à propos de l'audition libre issue du projet de loi relatif à la garde à vue, *Gaz. pal.*, 28-30 nov. 2010, p. 13 et s.

MODERNE (F.),

- Les principes : permanence et nouveauté, *R.F.D.A.*, 1999, p. 722 et s.
- Sanctions administratives et protection des libertés individuelles au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, *Petites affiches*, 17 janv. 1990, p. 15 et s.

MOLFESSIS (N.),

- La distinction du normatif et du non-normatif, *R.T.D.civ.*, 1999, p. 729 et s.
- L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel, *Pouvoirs*, 2003, n°105, p. 89 et s.
- La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation, *R.T.D.civ.*, 2001, *chron.*, p. 699 et s.
- Les prédictions doctrinales, *Mélanges F. TERRE*, Dalloz-P.U.F.-Juris-Classeur, 1999, p. 141 et s.
- Les revirements de jurisprudence, *in La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, *Economica*, 2004, *Etudes juridiques*, n°20, N. MOLFESSIS (dir.), p. 135 et s.
- La protection constitutionnelle, *in Justice et double degré de juridiction*, *Justices*, 1996, n°4, p. 17 et s.

MOLINA (E.), Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain, *Rev. sc. crim.*, 2002, p. 263 et s.

MOLINER-DUBOST (M.), Le point sur la compatibilité du placement à l'isolement des détenus avec l'article 3 de la Conv. EDH, *A.J. pénal*, 2007, dossier, p. 160 et s.

MONCONDUIT (P.), Sens et non-sens de la violence, *in Service public et libertés*, *Mélanges R.-E. CHARLIER*, éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 655 et s.

MONTANARI (B.), La « faute » et l' « accusation » : réflexions sur la vérité dans le procès, *R.I.D.P.*, 1997, p. 43 et s.

MOOR (P.), Systématique et illustration du principe de la proportionnalité, *Mélanges M. FROMONT*, *Les droits individuels et le juge en Europe*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 319 et s.

MORAND (C.-A.), La sanction, *Arch. phil. dr.*, 1990, t. 35, p. 293 et s.

MORANGE (G.), Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit, *R.D.P.*, 1977, p. 761 et s.

MORANGE (J.),

- Les contrôles d'identité, *A.J.D.A.*, 1983, p. 640 et s.
- Les vérifications d'identité, *A.J.D.A.*, 1981, p. 285 et s.
- La crise de la notion de liberté publique, *Mélanges R. DRAGO*, *L'unité du droit*, *Economica*, 1996, p. 91 et s.
- La déclaration et le droit de propriété, *Droits*, 1988, n°8, p. 101 et s.

MOREAU (J.),

- La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *Mélanges L. FAVOREU*, Dalloz, 2007, p. 1661 et s.
- La responsabilité des magistrats et de l'Etat du fait de la justice. L'apport du droit administratif, *in La responsabilité des gens de justice*, *Justices*, n°5, 1997, p. 39 et s.

MORVAN (P.),

- En droit, la jurisprudence est une source du droit, *R.R.J.*, 2001, p. 77 et s.
- L'ordonnance justifiant la poursuite de l'instruction de l'article 175-2 du code de procédure pénale : critique d'un arrêt de règlement, *D.*, 2003, *chron.*, p. 2511 et s.

MOTULSKY (H.),

- La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès, *J.C.P.*, 1966, I, 1996.
- Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, *D.*, 1972, *chron.*, p. 91 et s.
- Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile, *Mélanges P. ROUBIER*, t. II, p. 175 et s.

MOUROU-VIKSTRÖM (S.), La difficile conciliation entre surveillance secrète et protection des libertés individuelles : un défi réussi pour la Cour européenne des droits de l'homme ?, R.P.D.P., 2014, p. 301 et s.

MOURY (J.), De quelques aspects de l'évolution de la *jurisdictio* (en droit judiciaire privé), in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges R. PERROT, Dalloz, 1996, p. 299 et s.

MOUTOUH (H.), La dignité de l'homme en droit, R.D.P., 1999, p. 159 et s.

MOUYSET (O.), Un an de droit pénal de la presse, Dr. pénal, 2010, chron. « un an de... » n°5.

MUIR WATT (H.),

- Contrainte et contrat international, in La contrainte, *Economica*, Etudes juridiques, 2007, L. GRYNBAUM (dir.), p. 143 et s.
- Domicile, in Dictionnaire de la culture juridique, P.U.F.-Lamy, Quadrige, 2003, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), p. 410 et s.

MULLER (Y.),

- La réforme de la garde à vue ou la figure brisée de la procédure pénale française, Dr. pénal, 2011, Etude n°2.
- L'idéal de vérité dans le procès pénal, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 531 et s.

MUZNY (P.), Quelques considérations en faveur d'une meilleure prévisibilité de la loi, D., 2006, chron., p. 2214 et s.

NADAL (J.-L.),

- Qui inspire les réformes pénales ? Propos introductifs, in La procédure pénale en quête de cohérence, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 65 et s.
- Propos introductifs à la première conférence. 1958-2005 : que reste-t-il du Code de procédure pénale ?, in La procédure pénale en quête de cohérence, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 11 et s.

NAGOUAS-GUERIN (M.-C.), Mythe et réalité du doute favorable en matière pénale, Rev. sc. crim., 2002, p. 283 et s.

NAVARRO (J.-S.), Standards et règles de droit, R.R.J., 1988, p. 833 et s.

NERHOT (P.), Le fait du droit, Arch. phil. dr., 1986, p. 261 et s.

NERON (S.), Le standard, un instrument juridique complexe, J.C.P., 2011, doct., 1003.

NORD-WAGNER (M.),

- L'urgence en procédure pénale, R.P.D.P., 2006, p. 261 et s.
- La détention provisoire : un équilibre renforcé ?, A.J. pénal, 2007, dossier, p. 113 et s.
- Le Code de procédure pénale ou la réforme permanente, in De code en code, Mélanges G. WIEDERKEHR, Dalloz, 2009, p. 593 et s.

NORMAND (J.),

- Le domaine du principe de motivation, in La motivation, Travaux de l'Association H. CAPITANT, L.G.D.J., 2000, p. 17 et s.
- Le traitement de l'urgence : exception ou principe ?, in Réforme de la Justice, Réforme de l'Etat, P.U.F., 1^{ère} éd., 2003, L. CADIET et L. RICHER (dir.), p. 159 et s.
- Les mesures provisoires en droit français, in Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Etude de droit comparé, J. VAN COMPENOLLE et G. TARZIA (dir.), Bruylant, 1998, p. 73 et s.
- Rapport de synthèse, in Regards sur la défense pénale, *Liber amicorum* V. DURTETTE, Mare et martin, Droit et science politique, 2009, p. 259 et s.
- Le droit à un tribunal impartial devant les juridictions de l'ordre judiciaire (art. 6-1 Conv. EDH) et la composition des juridictions, R.T.D.civ., 1993, p. 874 et s.

NOURISSAT (C.),

- Une première pour la procédure pénale : la directive du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, R.P.D.P., 2010, p. 935 et s.
- Sur la directive relative au droit d'accès à l'avocat dans les procédures pénales, R.P.D.P., 2014, chron., p. 105 et s.

NURY (L.), Le processus de la répression : la contrainte par corps, Gaz. pal., 1997, II, doct., p. 1065 et s.

OBERDORFF (H.), La liberté individuelle face aux risques des technologies de sécurité, Mélanges J. ROBERT, Libertés, Montchrestien, 1998, p. 177 et s.

OLLARD (R.), Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? A propos de la loi du 27 mai 2014, J.C.P., 2014, Etude, 912.

OPPETIT (B.),

- Les « principes généraux » dans la jurisprudence de cassation, J.C.P., 1989, Cahiers du droit de l'entreprise, n°5, p. 16.
- Sur le concept d'arbitrage, *in* Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à B. GOLDMAN, Litec, 1982, p. 229 et s.
- Le rôle créateur de la Cour de cassation, *in* Bicentenaire de la Cour de cassation, La Documentation française, 1991, p. 159 et s.

ORIANNE (P.), Les standards et les pouvoirs du juge, R.R.J., 1988, p. 1037 et s.

OTTENHOF (R.), Le crime organisé : de la notion criminologique à la notion juridique, *in* Criminalité organisée et ordre dans la société, P.U.A.M., 1997, p. 45 et s.

PADOVA (Y.), A la recherche de la preuve absolue. Réflexions sur l'utilisation de l'ADN en procédure pénale et sur le développement des fichiers d'empreintes génétiques, Arch. pol. crim., n°26, Pedone, 2004, p. 71 et s.

PAIN-MASBRENIER (M.-T.), La pertinence du référé-liberté et du référé-détention dans la procédure pénale française, R.R.J., 2008, p. 417 et s.

PANNIER (J.),

- A propos de la retenue douanière, D., 2010, entretien, p. 2352.
- La preuve en matière douanière, D., 2009, chron., p. 1552 et s.

PARAIN-VIAL (J.), La nature du concept juridique et la logique, Arch. phil. dr., 1966, p. 45 et s.

PARIENTE (A.), La liberté personnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Mélanges D. G. LAVROFF, La Constitution et les valeurs, Dalloz, 2005, p. 267 et s.

PATARIN (J.), Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal, *in* Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal. Etudes de droit criminel, Dalloz, 1956, G. STEFANI (dir.), p. 7 et s.

PAULSON (S. L.), Ce que la *Stufenbaulehre* de MERKL nous apprend sur le concept de droit de Kelsen, *in* L'architecture du droit, Mélanges M. TROPER, Economica, 2006, p. 789 et s.

PAVIA (M.-L.), Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental, Petites affiches, 6 mai 1994, p. 6 et s.

PEDAMON (M.), La fouille corporelle, Rev. sc. crim., 1961, p. 467 et s.

PELLE (S.),

- La réforme de la garde à vue : problèmes de droit transitoire, A.J. pénal, 2011, p. 235 et s.
- Le contrôle de la légalité criminelle par le Conseil constitutionnel, R.P.D.P., 2013, p. 265 et s.
- Garde à vue : la réforme de la réforme (acte I). A propos de la loi n°2014-535 du 27 mai 2014, D., 2014, chron., p. 1508 et s.

PELTIER (V.), Les « boîtes à outils » de Madame TAUBIRA. A propos de la loi du 15 août 2014, J.C.P., 2014, 883.

PENA (A.),

- Personnalité (droits de la), Dictionnaire des droits fondamentaux, Dalloz, 2010, D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO (dir.), p. 564 et s.
- Sûreté personnelle (Droit à la), Dictionnaire des droits fondamentaux, Dalloz, 2010, D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO (dir.), p. 685 et s.

PENA-SOLER (A.), A la recherche de la liberté personnelle désespérément..., Mélanges L. FAVOREU, Renouveau du droit constitutionnel, Dalloz, 2007, p. 1675 et s.

PERDRIAU (A.), Les mesures d'administration judiciaire au regard du juge de cassation, Gaz. Pal., 2002, doct., p. 360 et s.

PEREIRA (B.), Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ?, D., 2005, chron., p. 2041 et s.

PERELMAN (C.),

- Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse, *in* Les présomptions et les fictions en droit, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 339 et s.
- Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse, *in* Les notions à contenu variable en droit, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, 1984, p. 363 et s.

- Le raisonnable et le déraisonnable en droit, Arch. phil. dr., 1978, t. 23, p. 35 et s.
- PERITCH (J.-M.),** Quelques observations sur le problème des sources du droit et la fonction de la loi, Mélanges F. GENY, t. II, Librairie Duchemin, 1977, p. 227 et s.
- PERRIER (J.-B.),**
 - Une décision empreinte de pragmatisme, *in* Quelle réforme pour la garde à vue, A.J. pénal, 2010, dossier, p. 470 et s.
 - La transposition tardive de la notification du droit du suspect libre à l'assistance d'un avocat. A propos de l'entrée en vigueur différée de l'article 61-1, 5°, du Code de procédure pénale, D., 2014, p. 1160 et s.
- PERRIN (J.-F.),** Règle, Arch. phil. dr., 1990, t. 35, p. 245 et s.
- PERROCHEAU (V.),** Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves, Petites affiches, 2002, n°99, p. 6 et s.
- PERROT (R.),**
 - La contrainte par dissuasion, Mélanges J. BUFFET, La procédure en tous ses états, Petites affiches, 2004, p. 393 et s.
 - Rapport de synthèse, *in* La réforme des procédures civiles d'exécution, R.T.D.civ., n° spécial hors série, Dalloz, 1993, p. 165 et s.
 - Rapport de synthèse, *in* Les procédures d'urgence. Droit judiciaire, Droit pénal, Droit administratif, Cahiers de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, n°15, 1981, p. 362.
- PERROTIN (F.),** Réforme des visites domiciliaires : le premier arrêt, Petites affiches, 21 déc. 2009, p. 3 et s.
- PETEV (V.),** Standards et principes généraux du droit, R.R.J., 1988, p. 825 et s.
- PETIT (B.),** L'évidence, R.T.D.civ., 1986, p. 485 et s.
- PETTITI (C.),** Le réexamen d'une décision pénale française après un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme : la loi française du 15 juin 2000, R.T.D.H., 2001, p. 3 et s.
- PETTITI (L.-E.),**
 - Les droits de l'inculpé et de la défense selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Mélanges G. LEVASSEUR, Gazette du Palais-Litec, 1992, p. 249 et s.
 - Les principes généraux de droit pénal dans la Convention européenne des droits de l'homme, Rev. sc. crim., 1987, p. 167 et s.
- PFERSMANN (O.),** Carré de Malberg et « la hiérarchie des normes », R.F.D.C., 1997, n°31, p. 481 et s.
- PHILIPPE (X.),** La liberté d'aller et de venir, *in* Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 20^{ème} éd., 2014, R. CABRILLAC (dir.), p. 391 et s.
- PICARD (E.),**
 - Commentaire de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Les cahiers de la sécurité intérieure, La Documentation française, Paris, n°5, mai-juillet 1991, p. 201 et s.
 - Police, *in* Dictionnaire des droits de l'homme, P.U.F., Quadrige, 2008, p. 771 et s.
 - Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux : des régimes inutilement hétéroclites, R.F.D.A., 1994, p. 959 et s.
 - La police et le secret des données d'ordre personnel en droit français, Rev. sc. crim., 1993, p. 275 et s.
 - L'émergence des droits fondamentaux en France, A.J.D.A., 1998, n° spécial, p. 6 et s.
- PIN (X.),** La privatisation du procès pénal, Rev. sc. crim., 2002, p. 245 et s.
- PIOT (P.),** Perquisitions : les garanties spéciales de procédure pour les avocats et les journalistes, Gaz. pal., 9-11 fév. 2014, n°40 à 42, p. 17 et s.
- PLOUVIN (J.-Y.),** Du possible déclin de la mesure d'ordre intérieur ?, Rev. adm., 1979, p. 49 et s.
- PLUEN (O.),** L'inapplicabilité du nouveau régime de responsabilité du président de la République, R.D.P., 2009, p. 1401 et s.
- POISSONNIER (G.),** Les pirates de la Corne de l'Afrique et le droit français, D., 2008, chron., p. 2097 et s.
- PONCELA (P.),**
 - Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique de l'Etat, Arch. phil. dr., 1983, t. 28, p. 123 et s.
 - Quand le procureur compose avec la peine (*bis*), Rev. sc. crim., 2003, chron., p. 139 et s.

- L'isolement carcéral sous le contrôle des juridictions administratives et de la Cour européenne des droits de l'homme, *Rev. sc. crim.*, 2005, chron., p. 390 et s.
- Le chantier du droit de l'exécution des peines est ouvert. Quelques remarques sur la loi du 15 juin 2000, *Rev. sc. crim.*, 2000, p. 887 et s.
- Peine et crédit. Loi du 9 mars 2004 : réductions de peine, fins de peine et autres aménagements, *Rev. sc. crim.*, 2004, chron., p. 955 et s.

POTASZKIN (T.), Retour sur le principe d'égalité devant la justice pénale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *D.*, 2012, chron., p. 2910 et s.

POUGET (P.), Les délais en matière de rétention, garde à vue et détention provisoire au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, *Rev. sc. crim.*, 1989, p. 78 et s.

POUYANNE (J.), Le nouveau droit pénal intéressant les mineurs, ou la difficulté d'être entre protection et répression, *Dr. pénal*, 2003, chron., n°14.

PRADEL (J.),

- Les pouvoirs de la police judiciaire en droit français, *in* *Droits de l'individu et police*, Thémis-litec, 1990, p. 71 et s.
- Introduction, *in* *Les investigations policières*, P.U.A.M., 2012, J. LEBLOIS-HAPPE (dir.), p. 9 et s.
- Vers un « aggiornamento » des réponses de la procédure pénale à la criminalité. Apports de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II. Première partie, *J.C.P.*, 2004, I, 132.
- Le droit au juge dans la procédure pénale française, *in* *Le droit au juge dans l'Union européenne*, L.G.D.J., 1998, J. RIDEAU (dir.), p. 23 et s.
- Le nouveau régime disciplinaire des détenus depuis le décret n°96-287 du 2 avril 1996. Une révolution en droit pénitentiaire, *D.*, 1996, chron., p. 319 et s.
- Les suites législatives de l'affaire dite d'Outreau. A propos de la loi n°2007-291 du 5 mars 2007, *J.C.P.*, 2007, I, 138.
- La montée des droits du délinquant au cours de son procès. Essai d'un bilan, *Mélanges J. LARGUIER*, Presses universitaires de Grenoble, 1993, p. 223 et s.
- Le mandat d'arrêt européen. Un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit français de l'extradition, *D.*, 2004, chron., p. 1392 et s. et chron., p. 1462 et s.
- Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux, *D.*, 2008, chron., p. 1000 et s.
- Le second degré de l'instruction pénale, *Justices*, 1996, n°4, Dalloz, p. 73 et s.
- Vers un retour à une plus grande certitude de la peine avec les lois du 9 septembre 1986, *D.*, 1987, chron., p. 5 et s.
- Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications (commentaire de la loi n°91-646 du 10 juillet 1991), *D.*, 1992, chron., p. 49 et s.
- La procédure pénale française au début du XXIe siècle, *R.P.D.P.*, 2003, p. 341 et s.
- Inquisitoire-accusatoire : une redoutable complexité (Rapport de synthèse), *R.I.D.P.*, 1997, p. 213 et s.
- Une nouvelle mesure de sûreté à la disposition du juge d'instruction : le contrôle judiciaire, *in* *Détention provisoire, contrôle judiciaire et garde à vue. Les problèmes soulevés par leur contrôle juridictionnel*, XIIe journées franco-belgo-luxembourgeoises de droit pénal, P.U.F., 1971, p. 165 et s.
- La célérité et les temps du procès pénal. Comparaison entre quelques législations européennes, *Mélanges R. OTTENHOF*, Dalloz, 2006, p. 251 et s.
- La mauvaise volonté du suspect au cours de l'enquête, *Mélanges R. GASSIN*, P.U.A.M., 2007, p. 305 et s.
- La santé du détenu, *Rev. sc. crim.*, 1974, p. 269 et s.
- Rapport de synthèse, *in* *Les atteintes à la liberté avant jugement en droit pénal comparé*, *Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers*, Cujas, 1992, n°11, J. PRADEL (dir.), p. 393 et s.
- Défense pénale et régime de procédure, *in* *La défense pénale*, *R.P.D.P.*, 2010, n° spécial, p. 31 et s.
- Les principes constitutionnels du procès pénal, *C.C.C.*, n°14, 2003, p. 84 et s.

- Centenaire de la loi du 8 décembre 1897 sur la défense avant jugement pénal : essai d'un bilan, D., 1997, chron., p. 375 et s.
- Vers des principes directeurs communs aux diverses procédures pénales européennes, Mélanges G. LEVASSEUR, Gazette du Palais-Litec, 1992, p. 459 et s.
- Vers une métamorphose de la garde à vue. Après la « décision pilote » du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 et les arrêts de la chambre criminelle du 19 octobre 2010, D., 2010, chron., p. 2783 et s.
- La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français, Rev. sc. crim., 1990, p. 692 et s.
- Y aura-t-il encore dans l'avenir une spécificité de la procédure pénale française ?, Mélanges X. BLANC-JOUVAN, Société de législation comparée, 2005, p. 789 et s.
- Le rapport LEGER sur la justice pénale (01/09/2009) : la grande illusion ?, R.P.D.P., 2009, p. 531 et s.
- La disparition du juge d'instruction dans l'avant-projet du futur Code de procédure pénale, D., 2010, point de vue, p. 1293 et s.
- L'urgence en procédure pénale, in Les procédures d'urgence en droit judiciaire privé, droit pénal et droit administratif, XIIème colloque des I.E.J., Pau 28-29 et 30 mai 1979.
- La durée des procédures, R.P.D.P., 2001, p. 148 et s.
- La présomption d'innocence : un colosse aux pieds d'argile ? Droit de la France et droits d'ailleurs, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 605 et s.
- Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue. A propos de la loi du 14 avril 2011, J.C.P., 2011, Etude, 665.
- Du droit de l'avocat d'accéder au dossier établi au cours d'une garde à vue, J.C.P., 2012, Etude, 1223.
- De la géolocalisation en procédure pénale. A la recherche d'un statut, J.C.P., 2014, Etude, 77.
- Un exemple de vide législatif comblé dans l'urgence. A propos de la loi n°2014-372 du 28 mars 2014, J.C.P., 2014, 415.
- L'enquête pénale aujourd'hui. Vers une stabilisation dans l'équilibre ?, D., 2014, chron., p. 1647 et s.
- Un législateur bien imprudent. A propos de la loi n°2014-896 du 15 août 2014, J.C.P., 2014, Etude, 952.

PRADEL (J.), GUERIN (D.), Les relations entre le ministère public et le ministre de la justice dans l'avant-projet de réforme de la procédure pénale, D., 2010, point de vue, p. 660 et s.

PREVAULT (J.), L'évolution du droit de l'exécution forcée depuis la codification napoléonienne, Mélanges J. VINCENT, Dalloz, 1981, p. 297 et s.

PRIOU-ALIBERT (L.), CEF : recommandations du contrôleur général des lieux de privation de liberté, D., 2011, act., p. 83.

PUECH (M.),

- Les principes généraux du droit en droit privé, R.I.D.comp., 1981, n°1, p. 187 et s.
- La jurisprudence pénale, Arch. phil. dr., 1985, t. 30, p. 141 et s.

PUECHAVY (M.),

- La détention après la garde à vue pour présentation au procureur de la République ou au juge d'instruction (Cour européenne des droits de l'homme, 2^{ème} section, 27 juillet 2006, *Zervudacki c. France*), R.T.D.H., 2007, p. 559 et s.
- La règle de l'épuisement des voies de recours internes et la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme, in Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Bruylant, 2004, vol. II, p. 1299 et s.

PUIG (P.), Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions Q.P.C., R.T.D.civ., 2010, p. 517 et s.

PUIGELIER (C.), Observations sur le droit pénal scientifique à l'aube du troisième millénaire, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 473 et s.

PUTMAN (E.),

- La contrainte dans le droit de l'exécution, R.R.J., 1994, p. 341 et s.
- L'article préliminaire du Code de procédure pénale a-t-il une portée normative ?, Annales de la Faculté de droit d'Avignon, 2000, p. 43 et s.

- Le juge unique en droit privé, *in* Les juges uniques : dispersion ou réorganisation du contentieux ?, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, p. 125 et s.

QUEMENER (M.),

- Les spécificités juridiques de la preuve numérique, A.J. pénal, 2014, dossier, p. 63 et s.
- La procédure pénale à l'épreuve de la géolocalisation, A.J. pénal, 2013, p. 568 et s.
- Circulaire sur la géolocalisation : quels enjeux ?, D., 2014, p. 1088.

RADE (C.), La contrainte en droit du travail, *in* La contrainte, Economica, Etudes juridiques, 2007, L. GRYNBAUM (dir.), p. 83 et s.

RAOULT (S.), L'arrestation et la détention en haute mer, R.P.D.P., 2011, p. 637 et s.

RASSAT (M.-L.),

- Liberté individuelle et détention provisoire, D., 2000, n°20, Point de vue, p. V et s.
- Le projet de réforme de la procédure pénale, J.C.P., 2010, libres propos, 369.
- La certitude du statut pénal du président de la République pour les infractions sans rapport avec la fonction, J.C.P., 2007, act., 303.
- Du statut dit « pénal » du président de la République, Dr. pénal, 2007, Etude n°8.
- A remettre sur le métier. Des insuffisances de la réforme de la garde à vue, J.C.P., 2011, libres propos, 632.

REBSTOCK (B.), L'évolution de la garde à vue, *in* Problèmes actuels de sciences criminelles, t. XXIV, P.U.A.M., 2013, p. 21 et s.

REBUT (D.),

- Information judiciaire et faits nouveaux, Justices, 1996, n°4, chron., p. 286 et s.
- Propositions concernant les peines de substitution aux peines de prison, *in* Réflexions sur l'efficacité de la sanction pénale, Economica, 2003, préf. H. DE CHARETTE et M. DOMINGO, p. 37 et s.
- Les revirements de jurisprudence en matière pénale, *in* Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, Groupe de travail présidé par Nicolas MOLFESSIS, Litec, 2005, p. 95 et s.
- Le droit à un tribunal impartial devant la chambre criminelle, Rev. sc. crim., 1998, p. 449 et s.
- L'arrêt *Medvedyev* et la réforme de la procédure pénale, D., 2010, p. 970 et s.
- Le droit à un tribunal impartial devant la Chambre criminelle, Rev. sc. crim., 1998, p. 449 et s.
- Le juge pénal face aux exigences constitutionnelles, C.C.C., 2004, n°16, p. 135 et s.
- Juge constitutionnel. Séisme sur la procédure pénale, J.C.P., 2014, 598.

RECIO (M.), La France à l'abordage de la piraterie : la loi n°2011-13 du 5 janvier 2011 relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'Etat en mer ou le renforcement de l'arsenal répressif, Dr. pénal, 2011, Etude n°5.

REMPLOIN (L.), La rétention du « suspect », J.C.P., 1978, I, 2916.

RENAUT (M.-H.),

- La contrainte par corps. Une voie d'exécution civile à coloris pénal, Rev. sc. crim., 2002, p. 791 et s.
- Innovation pour les droits de la défense ou retour partiel au Code napoléon ? La détention provisoire et le juge de la détention, Dr. pénal, 1999, chron. n°26.

RENOUX (T.-S.),

- Jurisprudence du Conseil constitutionnel, R.J.C., 1993, p. 379 et s.
- Le principe de la légalité en droit constitutionnel positif français, Petites affiches, 11 mars 1992, n°31, p. 18 et s.
- Le point de vue de l'universitaire. Garde à vue, droit de garder le silence et graduation des garanties constitutionnelles en cas d'atteinte portée à la liberté individuelle, *in* Garde à vue : la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, R.P.D.P., 2010, dossier spécial, p. 629 et s.
- Le droit au recours juridictionnel en droit constitutionnel français, Mélanges J. VELU, t. I, Bruylant, 1992, p. 307 et s.
- La constitutionnalisation du droit au juge en France, *in* Le droit au juge dans l'Union européenne, L.G.D.J., 1998, J. RIDEAU (dir.), p. 109 et s.
- Le droit au recours juridictionnel, J.C.P., 1993, I, 3675.

RENOUX (T.-S.), MAGNON (X.),

- Le nouveau régime de responsabilité du chef de l'Etat issu de la révision constitutionnelle du 23 février 2007 : à la recherche d'une responsabilité pénale perdue !, R.P.D.P., 2007, p. 453 et s.
- La jurisprudence du Conseil constitutionnel rendue sur question prioritaire de constitutionnalité en matière répressive (mai 2010-mai 2011), R.P.D.P., 2011, p. 417 et s.
- La jurisprudence du Conseil constitutionnel rendue sur question prioritaire de constitutionnalité en matière répressive (mai 2011-mai 2012), R.P.D.P., 2012, p. 703 et s.
- La jurisprudence du Conseil constitutionnel rendue sur question prioritaire de constitutionnalité en matière répressive (juin 2012-février 2014), R.P.D.P., 2014, p. 111 et s.

RENUCCI (J.-F.),

- Le procureur de la République est-il un « magistrat » au sens européen du terme ?, Mélanges G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance, vol. II, Bruylant, 2004, p. 1345 et s.
- L'impartialité du juge pénal, R.P.D.P., 2006, p. 439 et s.
- Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l'homme, *in* Le droit au juge dans l'Union européenne, L.G.D.J., 1998, J. RIDEAU (dir.), p. 131 et s.
- Irresponsabilité des magistrats et droit au juge, R.P.D.P., 2004, p. 203 et s.

REPIK (B.), Réflexions sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant la présomption d'innocence, *Liber amicorum* M.-A. EISSEN, Bruylant-L.G.D.J., 1995, p. 331 et s.

REVET (T.), La légisprudence, Mélanges P. MALAURIE, *Liber amicorum*, Defrénois, 2005, p. 377 et s.

RIALS (S.),

- Les standards, notions critiques du droit, *in* Les notions à contenu variable en droit, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, 1984, p. 39 et s.
- La fonction de juger. Ouverture : L'office du juge, Droits, n°9, 1989, p. 3 et s.

RIBEYRE (C.),

- *LOPPSI II* : de nouvelles règles au service de la répression, Dr. pénal, 2011, Etude n°10.
- Défense des droits de la défense avant jugement, *in* La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, Thèmes et commentaires, V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), p. 231 et s.
- La communication du dossier d'instruction aux parties privées, J.C.P., 2006, I, 152.

RICHARD (D.), Tendances actuelles du droit extraditionnel. Jurisprudence du Conseil d'Etat et Convention européenne du 10 mars 1995, J.C.P., 1996, I, 3917.

RIDEAU (J.), Le droit au juge : conquête et instrument de l'Etat de droit, *in* Le droit au juge dans l'Union européenne, L.G.D.J., 1998, J. RIDEAU (dir.), p. 3 et s.

RIDEAU VALENTINI (S.), Les droits de la défense en matière pénale douanière, A.J. pénal, 2009, p. 206 et s.

RIGAMBERT (C.), Le juge administratif et le milieu carcéral, R.P.D.P., 2011, p. 585 et s.

RINALDI (F.), Des demandes en révision et en réexamen d'une décision pénale définitive, Petites affiches, 12 juillet 2001, p. 4 et s.

RIPERT (G.), Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique, D., 1950, chron., p. 1 et s.

RIVERO (J.),

- Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique, Mélanges P. RAYNAUD, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675 et s.
- Les limites de la liberté, *in* Libertés, Mélanges J. ROBERT, Montchrestien, 1998, p. 189 et s.
- Le juge administratif : un juge qui gouverne ?, D., 1951, chron., p. 21 et s.
- Fictions et présomptions en droit public français, *in* Les présomptions et les fictions en droit, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 101 et s.
- Apologie pour les « faiseurs de systèmes », D., 1951, chron., p. 99 et s.
- Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits, Mélanges J. DABIN, Bruylant, 1963, p. 563 et s.
- Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir, D., 1962, chron., p. 37 et s.
- Les droits de l'homme, catégorie juridique ?, Mélanges E. SAYAGUES-LASO (Perspectivas del Derecho Publico en la segunda mitad del siglo XX), t. III, Madrid, 1969, p. 21 et s.

- Autour de la loi sécurité et liberté. « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau » ?, A.J.D.A., 1981, p. 275 et s.
- La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le principe de liberté proclamé par la Déclaration de 1789, *in* La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, P.U.F., 1989, p. 75 et s.

ROBERT (H.), Une nouvelle étape normative dans le renforcement des moyens de lutte contre la criminalité d'argent. A propos de la loi du 6 décembre 2013, J.C.P., 2014, 182.

ROBERT (J.),

- Variations sur l' « enfermement », *in* Code pénal et Code d'instruction criminelle. Livre du bicentenaire, Dalloz, 2010, p. 411 et s.
- Rapport sur le corps humain et la liberté individuelle en droit français, Travaux de l'association H. CAPITANT, t. XXVI, Dalloz, 1975, p. 463 et s.
- La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français. Bilan et réformes, R.D.P., 1990, p. 1255 et s.
- La Cour de cassation et les droits de l'homme, *in* Bicentenaire de la Cour de cassation, La documentation française, 1991, p. 149 et s.
- Terrorisme, idéologie sécuritaire et libertés publiques, R.D.P., 1986, p. 1651 et s.
- Le juge administratif et la liberté individuelle, *in* Le juge et le droit public, Mélanges M. WALINE, t. II, L.G.D.J., 1974, p. 719 et s.

ROBERT (J.-H.),

- La détermination de la peine par le législateur et par le juge, *in* Droit pénal : le temps des réformes, Litec, 2011, p. 241 et s.
- La punition selon le Conseil constitutionnel, C.C.C., 2009, n°26, p. 9 et s.
- Les murailles de silicium. Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, J.C.P., 2006, I, 116.
- Le péché originel de la Saint-Sylvestre 1957, Dr. pénal, 2010, repère n°3.
- Du secret des sources à la réquisition des fadettes, J.C.P., 2011, 1099.
- Le chef de l'Etat : point de vue du pénaliste, R.P.D.P., 2004, p. 147 et s.
- La question prioritaire de constitutionnalité en droit pénal, En mémoire de Arnaud LYON-CAEN, Un avocat dans l'Histoire, Dalloz, 2013, p. 209 et s.
- Un pardon malveillant. A propos de l'avis du CSM du 28 janvier 2014, J.C.P., 2014, 186.
- Punir dehors. Commentaire de la loi n°2014-896 du 15 août 2014, Dr. pénal, 2014, Etude n°16.

ROBERT (M.),

- Avis de l'avocat général, Pourvoi n°10-82306 (annulation sans renvoi), *in* La garde à vue sous contrôle judiciaire, Dr. pénal, 2010, dossier, n°9, article n°10.
- Les propositions du rapport LEGER : point de vue d'un « parquetier », A.J. pénal, 2009, dossier, p. 393 et s.
- L'autorité judiciaire, la Constitution française et la Convention européenne des droits de l'homme, N.C.C.C., 2011, n°32, p. 29 et s.
- L'avenir du ministère public français, A.J. pénal, 2011, p. 115 et s.

ROBERT (P.),

- Un « mal nécessaire » ? La détention provisoire en France, Dév. et soc., 1986, vol. 10, n°1, p. 57 et s.
- Ordre, insécurité, liberté : les incertitudes de la procédure pénale, *in* La procédure pénale en quête de cohérence, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 37 et s.

RODIERE (R.), Les principes généraux du droit privé français, Journées de la société de législation comparée, 1980, vol. 2 (Journées franco-hongroises), p. 309 et s.

RODRIGUEZ (Y.), La Cour de cassation et le contrôle de l'avis des chambres d'accusation en matière d'extradition, D., 1984, chron., p. 223 et s.

ROETS (D.),

- Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, A.J. pénal, 2008, p. 119 et s.
- Menottes, entraves et dignité de la personne, R.P.D.P., 2001, p. 607 et s.

- Des raisons humanitaires sérieuses justifiant un sursis temporaire à l'exécution de la remise d'une personne objet d'un mandat d'arrêt européen. A propos de l'article 695-38 du Code de procédure pénale, *Dr. pénal*, 2010, Etude n°15.

ROETS (D.), TELLIER-CAYROL (V.), La loi du 14 avril 2011, entre la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel, *Gaz. pal.*, 28-30 juill. 2013, n°209 à 211, p. 4 et s.

ROJINSKY (C.), DREYER (E.), L'entrave aux libertés publiques, une incrimination dangereuse ?, *D.*, 2004, chron., p. 716 et s.

ROLLAND (L.), Réparations dues aux particuliers en cas d'arrestation arbitraire, *R.D.P.*, 1909, p. 723 et s.

ROME (F.), Garde à vue à la française : c'est la chute finale !!!, *D.*, 2010 édito, p. 2425.

ROMNICIANU (M.), Détention provisoire et ordre public, *J.C.P.*, 1975, I, 2744.

ROTONDI (M.), Considérations en « fait » et en « droit », *R.T.D.civ.*, 1977, p. 1 et s.

ROUBIER (P.), L'ordre juridique et la théorie des sources du droit, *in* Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Etudes offertes à G. RIPERT, t. I, *L.G.D.J.*, 1950, p. 9 et s.

ROUBLOT (P.),

- La recevabilité des requêtes devant la Cour européenne des droits de l'homme, *A.J. pénal*, 2010, p. 63 et s.
- La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le rôle de l'autorité judiciaire dans les investigations policières, *in* Les investigations policières, *P.U.A.M.*, 2012, J. LEBLOIS-HAPPE (dir.), p. 107 et s.

ROUHETTE (G.),

- L'ordre juridique processuel. Réflexions sur le droit du procès, *Mélanges P. RAYNAUD*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 687 et s.
- La doctrine de l'acte juridique : sur quelques matériaux récents, *Droits*, 1988, n°7, p. 29 et s.

ROUJOU DE BOUBEE (G.),

- La protection des droits de l'homme dans la procédure pénale, *R.I.D.P.*, 1978, p. 502 et s.
- Les rétentions de sûreté, *D.*, 2008, p. 464.
- Le temps dans la procédure pénale, *Annales de la faculté de droit de Clermont*, 1983, fasc. 20, *L.G.D.J.*, p. 77 et s.
- Le juge unique en matière pénale. Essai d'un bilan provisoire, *Mélanges B. BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 1001 et s.
- Garde à vue et exigences européennes, *D.*, 2010, entretien, p. 72.
- La réforme de la garde à vue (commentaire de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011), *D.*, 2011, chron., p. 1570 et s.

ROUSSEAU (D.),

- L'Etat de droit est-il un Etat de valeurs particulières ?, *in* L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, *Mélanges P. PACTET*, Dalloz, 2003, p. 885 et s.
- Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1993-1994, *R.D.P.*, 1995, p. 51 et s.

ROUSSEL (Y.), Le régime des nullités de la procédure pénale après les lois du 4 janvier 1993 et du 24 août 1993, *Gaz. pal.*, 1996, doct., p. 72 et s.

ROUSSELET (M.), Les ruses et les artifices dans l'instruction criminelle, *Rev. sc. crim.*, 1946, p. 50 et s.

ROUVIERE (F.), Le revers du principe. « Différence de nature (égale) différence de régime », *Mélanges J.-L. BERGEL*, Le droit entre autonomie et ouverture, Bruylant, 2013, p. 415 et s.

ROUX (A.), Le nouveau Conseil constitutionnel. Vers la fin de l'exception française ?, *J.C.P.*, 2008, I, 175.

ROYER (G.),

- Les préliminaires en droit criminel, *Arch. pol. crim.*, 2005, n°27, p. 59 et s.
- La réserve d'interprétation constitutionnelle en droit criminel, *Rev. sc. crim.*, 2008, p. 825 et s.

RUBI-CAVAGNA (E.),

- L'extension des procédures dérogatoires, *Rev. sc. crim.*, 2008, doct., p. 23 et s.
- La politique législative de rapprochement des procédures pénales au sein de l'Union européenne, *in* Politique(s) criminelle(s), *Mélanges C. LAZERGES*, Dalloz, 2014, p. 283 et s.

RUELLE (E.), Intervention aux débats *in* L'espace judiciaire européen civil et pénal. Regards croisés, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, F. JAULT-SESEKE, J. LELIEUR et C. PIGACHE (dir.), p. 174.

SAAS (C.), De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur, Rev. sc. crim., 2004, doct., p. 827 et s.

SACE (J.), Quelques réflexions sur les principes généraux du droit, Mélanges P. GERARD, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 79 et s.

SAENKO (L.), La liberté comme sanction, Dr. pénal, 2014, Etude n°9.

SAINT-JAMES (V.),

- Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français, D., 1997, chron., p. 61 et s.
- Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, R.D.P., 1997, p. 457 et s.

SAINT-PAU (J.-C.),

- Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ?, Dr. pénal, 2007, Etude n°14.
- Droit au respect de la vie privée et droit pénal, Dr. pénal, 2011, Etude n°20.
- L'enregistrement clandestin d'une conversation, Dr. pénal, 2008, Etude n°17.
- L'entraide judiciaire internationale et européenne, Dr. pénal, 2004, Etude n°9.

SAINT-PIERRE (F.),

- Le véritable enjeu des contrôles juridictionnels de la légalité des procédures pénales : la « sûreté » des justiciables, A.J. pénal, 2005, p. 177 et s.
- La nature juridique des droits de la défense dans le procès pénal, D., 2007, chron., p. 260 et s.
- Le point de vue de l'avocat, *in* Garde à vue : la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, dossier spécial, R.P.D.P., 2010 p. 623 et s.
- Qu'espérer de la commission Léger ? Une réforme d'ampleur de la justice pénale !, A.J. pénal, 2009, p. 171 et s.
- Investigations privées en défense : questions de méthode et difficultés de pratique, *in* Investigations privées en marge de l'enquête pénale, A.J. pénal, 2009, dossier, p. 433 et s.

SALAS (D.), Etat et droit pénal. Le droit pénal entre « Thémis » et « Dikè », Droits, 1992, n°15, p. 77 et s.

SALVAGE (P.),

- Le consentement en droit pénal, Rev. sc. crim., 1991, p. 699 et s.
- Les soins obligatoires en matière pénale, J.C.P., 1997, I, 4062.
- Le contrôle du délinquant après l'exécution de sa peine privative de liberté, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 697 et s.

SALVAT (X.), Actualité de la garde à vue : des précisions et des nouveautés, Rev. sc. crim., 2012, chron., p. 887 et s.

SAMET (C.),

- La présomption d'innocence, R.P.D.P., 2001, p. 13 et s.
- La mise en détention provisoire, R.P.D.P., 1999, p. 547 et s.

SAMUEL (X.), L'utilisation des principes constitutionnels dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, C.C.C., 2009, n°26, p. 42 et s.

SARGOS (P.),

- Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Les garde-fous des excès du droit, J.C.P., 2001, I, 306.
- Le principe du raisonnable. Approche jurisprudentielle du principe fédérateur majeur de l'application et de l'interprétation du droit, J.C.P., 2009, Etude, 442.

SAURON (J.-L.), Les vertus de l'inquisitoire ou l'Etat au service des droits, Pouvoirs, 1990, n°55, p. 53 et s.

SAVATIER (R.),

- Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui. Structures matérielles et structures juridiques, Mélanges G. RIPERT, t. I, L.G.D.J., 1950, p. 75 et s.
- Observations sur les modes contemporains de formation du droit positif, Mélanges J. DABIN, Bruylant-Sirey, 1963, p. 293 et s.

SAVONET (C.), Le droit au silence : un droit relatif ?, R.T.D.H., 2009, p. 763 et s.

SCELLE (G.), La notion d'ordre juridique, R.D.P., 1944, p. 85 et s.

- SCHMELCK (R.)**, La distinction entre la peine et la mesure de sûreté, *in* La Chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études à la mémoire de M. PATIN, Cujas, 1965, p. 181 et s.
- SCHMIDT-SZALEWSKI (J.)**, Les fictions en droit privé, Arch. phil. dr., 1975, t. 20, p. 273 et s.
- SCHNEIDER (C.)**, Le spectre du tout sécuritaire dans la lutte antiterroriste ? Brèves observations sur la dialectique entre lutte contre le terrorisme et droits de l'homme dans les corpus juridiques européens, *in* L'homme dans la société internationale, Mélanges P. TAVERNIER, Bruylant, 2013, p. 359 et s.
- SCHOETTL (J.-E.)**, La nouvelle loi sur l'immigration devant le Conseil constitutionnel (2^{ème} partie), Petites affiches, 21 janv. 2004, p. 10 et s.
- SCHRAMMECK (O.)**, Le Conseil d'Etat et le régime disciplinaire des magistrats, Mélanges B. GENEVOIS, Dalloz, 2009, p. 957 et s.
- SCHWENDENER (M.)**, Quelle place pour la garde à vue dans la procédure pénale ?, A.J. pénal, 2006, dossier, p. 344 et s.
- SEGONDS (M.)**, Commentaire de la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, Dr. pénal, 2014, Etude n°3.
- SERIAUX (A.)**,
- Les sources du droit : vision jusnaturaliste, R.R.J., 1990, p. 167 et s.
 - La notion de doctrine juridique, Droits, 1994, n°20, p. 65 et s.
- SERMET (L.)**, Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : Présentation générale, Petites affiches, 5 mars 2009, p. 26 et s.
- SEUBE (J.-B.)**, Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : Présentation générale, Petites affiches, 5 mars 2009, p. 86 et s.
- SEURIN (M.)**, De la loi du 15 juin 2000 à la loi du 9 mars 2004 : quel avenir pour l'instruction préparatoire ?, Mélanges J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 565 et s.
- SEUVIC (J.-F.)**,
- La loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, Rev. sc. crim., 2006, chron., p. 355 et s.
 - Forces et faiblesses de la constitutionnalisation substantielle et formelle du droit pénal, *in* La procédure pénale en quête de cohérence, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 111 et s.
 - Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées, *in* Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges C. BOLZE, Economica, 1999, p. 339 et s.
- SEVE (R.)**, Introduction (sur le système juridique), Arch. phil. dr., 1986, p. 1 et s.
- SILVESTRE (C.)**, Le principe de la célérité en procédure pénale française, R.R.J., 1996, p. 145 et s.
- SIMMAT-DURAND (L.)**, Le parquet et l'opportunité des poursuites, Gaz. Pal., 1996, doctr., p. 649 et s.
- SIMON (D.)**, Constitution, souveraineté pénale, droit communautaire, C.C.C., 2009, n°26, p. 21 et s.
- SIZAIRE (V.)**, Quel modèle pour l'instruction ?, A.J. pénal, 2009, dossier, p. 388 et s.
- SKINNER (Q.)**, Thomas Hobbes et le vrai sens du mot liberté, Arch. phil. dr., 1991, t. 36, p. 191 et s.
- SONTAG-KOENIG (S.)**, Intervention de l'avocat et droits de la défense en garde à vue : quel avenir pour les enregistrements audiovisuels ?, A.J. pénal, 2012, dossier, p. 527 et s.
- SORDINO (M.-C.)**,
- Précisions sur le domaine du fait justificatif fondé sur les droits de la défense au profit du salarié, Dr. pénal, 2010, Etude n°6.
 - De la proportionnalité en droit pénal, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 711 et s.
- SOULAS DE RUSSEL (D.)**, La retenue des personnes pour délits de douane : une mesure mal connue de privation temporaire de liberté, R.P.D.P., 1999, p. 503 et s.
- SOULEZ-LARIVIERE (D.)**,
- Les nécessités de l'accusatoire, Pouvoirs, 1990, n°55, p. 65 et s.
 - La transparence et la vertu, Mélanges M. TROPER, Economica, 2006, p. 933 et s.
 - Le problème du ministère public français, A.J. pénal, 2011, p. 112 et s.
- SOURIOUX (J.-L.)**,
- Droit et morale, *in* Par le droit, au-delà du droit, Ecrits du professeur J.-L. SOURIOUX, LexisNexis, 2011, p. 353 et s.
 - V° Droit, *in* Par le droit, au-delà du droit, Ecrits du professeur J.-L. SOURIOUX, LexisNexis, 2011, p. 165 et s.

- « Source du droit » en droit privé, Arch. phil. dr., 1982, t. 27, p. 33 et s.
- SOURIOUX (J.-L.), LERAT (P.),** Le vocabulaire juridique, R.R.J., 1984, p. 331 et s.
- SOURZAT (C.),** Les droits de la défense, Dr. pénal, 2011, Etude n°18.
- SOYER (J.-C.),**
 - Une certaine idée du droit... de la sanction pénale, *in* Une certaine idée du droit, Mélanges A. DECOCQ, Litec, 2004, p. 557 et s.
 - Le secret de l'instruction, *in* La procédure pénale. Bilan des réformes depuis 1993, Dalloz, 1995, p. 75 et s.
 - La loi nationale et la Convention européenne des droits de l'homme, Ecrits en hommage à J. FOYER, Jean FOYER auteur et législateur. *Leges tulit, jura docuit*, P.U.F., 1997, p. 125 et s.
- STAECHLE (F.),** Le juge de l'application des peines : magistrat du siège ou administrateur judiciaire ?, Rev. sc. crim., 1991, chron., p. 385 et s.
- STEFANI (G.),** L'acte d'instruction, Recueil d'études en hommage à L. HUGUENEY, Problèmes contemporains de procédure pénale, Sirey, 1964, p. 135 et s.
- STEINMANN (B.),** Budget de la justice : 10^{ème} préparation sous le régime de la LOLF, D., 2014, entretien, p. 1488.
- STOLOWY (N.),** Un juge unique pour le tribunal correctionnel, Petites affiches, 13 oct. 1995, n°123, p. 10 et s.
- STRAEHLI (G.),** Les impératifs d'un système d'instruction préparatoire en matière criminelle et pour les affaires complexes : les différentes réponses actuelles, Dr. pénal, 2009, dossier, n°4.
- STRICKLER (Y.),**
 - Le juge unique en procédure pénale, Petites affiches, 18 fév. 2002, n°35, p. 9 et s.
 - Après la crise de l'affaire d'Outreau : l'émotion et la procédure pénale, Petites affiches, 14 déc. 2006, n°249, p. 7 et s.
 - La loyauté processuelle, *in* Principes de justice, Mélanges J.-F. BURGELIN, Dalloz, 2008, p. 355 et s.
 - Le droit à un procès équitable, *in* Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 20^{ème} éd., 2014, R. CABRILLAC (dir.), p. 597 et s.
- SUDRE (F.),**
 - Les aléas de la notion de « vie privée » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Mélanges L.-E. PETTITI, Bruylant, 1998, p. 687 et s.
 - Le principe de la légalité et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, R.P.D.P., 2001, p. 335 et s.
 - Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ?, *Liber amicorum* M.-A. EISSEN, Bruylant-L.G.D.J., 1995, p. 381 et s.
 - Le mystère des « apparences » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, R.T.D.H., 2009, p. 633 et s.
 - L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Mélanges P. LAMBERT, Bruylant, 2000, p. 821 et s.
 - Existe-t-il un ordre public européen ?, *in* Quelle Europe pour les droits de l'homme ?, Bruylant, 1996, p. 39 et s.
 - L'article 3 *bis* de la Convention européenne des droits de l'homme : le droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine, Mélanges G. COHEN-JONATHAN, vol. II, Bruylant, 2004, p. 1499 et s.
 - A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2001, I, 335.
 - L'économie générale de l'article 3 CEDH, *in* La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, 2006, C.-A. CHASSIN (dir.), p. 7 et s.
 - La subsidiarité, « nouvelle frontière » de la Cour européenne des droits de l'homme. A propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention, J.C.P., 2013, 1086.
 - Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 1993, I, 3654.
 - Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 1994, I, 3742.
 - Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 1995, I, 3823.
 - Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 1996, I, 3910.

- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 1997, I, 4000.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 1998, I, 107.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 1999, I, 105.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2000, I, 203.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2001, I, 291.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2001, I, 342.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2002, I, 105.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2002, I, 157.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2003, I, 109.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2003, I, 160.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2004, I, 107.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2005, I, 159.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2006, I, 164.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2007, I, 106.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2007, I, 182.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2008, I, 110.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2008, I, 167.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2009, I, 104.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2009, I, 143.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2010, 70.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2010, 859.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2011, 914.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2012, 87.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2012, 924.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2013, 64.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2013, 855.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2014, 78.
- Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, J.C.P., 2014, 832.

SUSINI (J.), Un pouvoir de police : l'arrestation (aspects psychosociologiques), Rev. sc. crim., 1979, p. 901 et s.

TAK (J.-P.), VAN EIKEMA HOMMES (G.), Le test ADN et la procédure pénale en Europe, Rev. sc. crim., 1993, p. 679 et s.

TALEB (A.), La figure actuelle du juge en France et en Angleterre. L'atténuation des divergences originelles dans les attributions des juges français et anglais, R.I.D.P., 2013, vol. 84, p. 481 et s.

TAORMINA (G.), Réflexions sur la détention provisoire des majeurs, R.P.D.P., 2001, p. 64 et s.

TAUPIAC (G.), Etude sur l'expérience et la pertinence du mandat d'arrêt européen, Dr. pénal, 2006, Etude n°15.

TAUPIAC-NOUVEL (G.), La garantie des droits fondamentaux dans la mise en œuvre des instruments de coopération judiciaire pénale européenne, Dr. pénal, 2010, Etude n°22.

TAUPIAC-NOUVEL (G.), BOTTON (A.), La réforme du droit à l'information en procédure pénale, J.C.P., 2014, Etude, 802.

TAURAN (T.), Les distinctions en droit privé, R.R.J., 2000, p. 489 et s.

TEISSIER (A.), Garde à vue et droits de la défense, R.P.D.P., 2001, p. 30 et s.

TELLIER-CAYROL (V.), La perquisition sans la présence ou l'assentiment du domiciliaire : quel régime ?, Gaz. pal., 9-11 fév. 2014, n°40 à 42, p. 4 et s.

TEMIME (H.), L'appel des arrêts d'assises, Rev. sc. crim., 2001, p. 83 et s.

TERNEYRE (P.), Le droit constitutionnel au juge, Petites affiches, 4 déc. 1991, p. 4 et s.

TERRE (F.),

- Pitié pour les juristes !, R.T.D.civ., 2002, p. 247 et s.
- Sur le phénomène de la violence, Arch. phil. dr., 1999, t. 43, p. 243 et s.
- A propos de la doctrine de la doctrine de la doctrine, R.D.A., n°3, fév. 2011, p. 38 et s.
- Rapport de synthèse *in* L'effectivité des décisions de justice, Travaux de l'association H. CAPITANT, t. 36, 1985, Economica, 1987, p. 7 et s.
- Sur la notion de libertés et droits fondamentaux, *in* Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 20^{ème} éd., 2014, R. CABRILLAC (dir.), p. 3 et s.

- La proportionnalité comme principe ?, J.C.P., 2009, n°25, Etude n°31, p. 52 et s.
- TERRE (F.), SEVE (R.),** Droit, Arch. phil. dr., 1990, t. 35, p. 43 et s.
- TESSIER (A.),** Quelques réflexions sur l'arrêt *Vaudelle*, R.P.D.P., 2002, p. 795 et s.
- THELLIER DE PONCHEVILLE (B.),**
- La preuve illicite au regard de la Convention européenne des droits de l'homme (analyse de la recevabilité de la preuve illicite produite par un particulier au procès pénal), R.P.D.P., 2010, p. 537 et s.
 - La saga de la garde à vue : épisode Union européenne, R.P.D.P., 2012, p. 445 et s.
 - Mandat d'arrêt européen et droits fondamentaux : la CJUE à la recherche d'un équilibre, R.P.D.P., 2013, p. 409 et s.
 - La décision d'enquête européenne : une avancée en matière de coopération judiciaire précédant une nécessaire harmonisation de la procédure pénale, R.P.D.P., 2014, p. 417 et s.
- THERON (J.),** Mesure d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification, D., 2010, chron., p. 2246 et s.
- THERON (S.),** Les catégories en droit administratif, R.R.J., 2005, p. 2399 et s.
- THERY (P.),**
- *Judex gladii* (des juges et de la contrainte en territoire français), in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Mélanges R. PERROT, Dalloz, 1996, p. 477 et s.
 - Exécution, in Dictionnaire de la culture juridique, P.U.F.-Lamy, Quadrige, 2003, D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir.), p. 678 et s.
 - La place des procédures civiles d'exécution, in La réforme des procédures civiles d'exécution, R.T.D.civ., n° spécial hors série, Dalloz, 1993, p. 1 et s.
- THIBIERGE (C.),**
- Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit, R.T.D.civ., 2003, p. 599 et s.
 - Rapport de synthèse, in Le droit souple, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, 141 et s.
 - Sources du droit, sources de droit : une cartographie, Mélanges P. JESTAZ, Libres propos sur les sources du droit, Dalloz, 2006, p. 519 et s.
- THIERRY (H.),** Les violations des droits de l'homme, Mélanges G. COHEN-JONATHAN, vol. II, Bruylant, 2004, p. 1551 et s.
- THIERRY (J.-B.),** L'arrêt *Medvedyev c/ France* du 29 mars 2010 : juge d'instruction : 1 – Parquet : 0, Dr. pénal, 2010, Etude n°12.
- THOMAS (D.),**
- L'évolution de la procédure pénale française contemporaine : la tentation sécuritaire, in Le champ pénal, Mélanges R. OTTENHOF, Dalloz, 2006, p. 53 et s.
 - Quelques réflexions de politique criminelle à propos de certains aspects de la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, Mélanges B. BOULOC, Dalloz, 2007, p. 1119 et s.
 - Le suspect en quête d'un statut procédural, Mélanges M. CABRILLAC, Litec, 1999, p. 823 et s.
 - Le droit à la sûreté, in Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 20^{ème} éd., 2014, R. CABRILLAC (dir.), p. 423 et s.
 - A propos de la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue : les leçons d'une réforme hâtive, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 771 et s.
- THOMAS (D.) et alii,** Les transformations de l'administration de la preuve pénale, Arch. pol. crim., n°26, Pedone, 2004, p. 113 et s.
- THOMAS (Y.),**
- *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales, Droits, 1995, n°21, p. 17 et s.
 - Les procédures de la majesté. La torture et l'enquête depuis les Julio-Claudiens, Mélanges à la mémoire de A. MAGDELAIN, L.G.D.J., 1998, éd. Panthéon Assas, p. 477 et s.
- THONY (J.-F.), CAMOUS (E.),** Gel, saisie et confiscation des avoirs criminels : les nouveaux outils de la loi française, R.I.D.P., 2013, p. 205 et s.
- TIBERGHIE (F.),** Quelles perspectives pour la future réforme du CSM ?, J.C.P., 2014, 860.
- TIMSIT (G.),** L'ordre juridique comme métaphore, Droits, 2001, n°33, p. 3 et s.
- TISSIER (A.),** L'élaboration technique du droit privé positif, R.T.D.civ., 1922, p. 831 et s.

TOMASIN (D.), Remarques sur la nullité des actes de procédure, Mélanges P. HEBRAUD, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 853 et s.

TOULLIER (M.), L'évolution des procédures spéciales et dérogations, *in* Problèmes actuels de sciences criminelles, P.U.A.M., 2013, t. XXIV, p. 35 et s.

TOURE (A.), L'inscription au répertoire des détenus particulièrement signalés. A propos de l'arrêt CEDH, *Khider / France* du 9 juillet 2009, Procédures, 2009, Etude n°11.

TOURNAFOND (O.), « Les deux métamorphoses du droit français ». Observations hétérodoxes d'un civiliste sur la double mutation du droit des obligations et des sources du droit, Mélanges P. MALINVAUD, Litec, 2007, p. 619 et s.

TROPER (M.),

- Système juridique et Etat, Arch. phil. dr., 1986, p. 29 et s.
- La contrainte en droit, *in* Le droit et la nécessité, P.U.F., Léviathan, 2011, p. 7 et s.
- Le concept d'Etat de droit, Droits, 1992, n°15, p. 51 et s.
- Hans Kelsen et la jurisprudence, Arch. phil. dr., 1985, t. 30, Sirey, p. 83 et s.
- La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul AMSELEK, R.D.P., 1978, p. 1523 et s.
- Présentation du dossier Ronald Dworkin (1^{ère} partie), Droit et société, 1985, n°1, L.G.D.J., p. 27 et s.
- Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin, Droit et société, 1986, n°2, L.G.D.J., p. 41 et s.

TRUCHE (P.),

- La déontologie de la sécurité, *in* Libertés, justice, tolérance, Mélanges G. COHEN-JONATHAN, 2 vol., Bruylant, 2004, vol. 2, p. 1587 et s.
- Introduction à l'article préliminaire du Code de procédure pénale, Arch. pol. crim., 2001, n°23, p. 9 et s.

TULKENS (F.),

- Le droit à la vie et le champ des obligations des Etats dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, Mélanges G. COHEN-JONATHAN, vol. II, Bruylant, 2004, p. 1605 et s.
- La mise en œuvre de la réouverture des procédures internes suite à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, *in* Politique(s) criminelle(s), Mélanges C. LAZERGES, Dalloz, 2014, p. 811 et s.

TULKENS (F.), **VAN DROOGHENBROECK (S.)**, L'encadrement du procès pénal par la Cour européenne des droits de l'homme, *in* La procédure pénale en quête de cohérence, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 151 et s.

TUNC (A.), Standards juridiques et unification du droit, R.I.D.comp., 1970, n°2, p. 247 et s.

TURPIN (D.),

- L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle, A.J.D.A., 1983, p. 653 et s.
- Le traitement des antinomies des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel, Droits, n°2, 1985, p. 85 et s.

VALAT (J.-P.), La loi du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation, Dr. pénal, 2014, Etude n°12.

VALETTE-ERCOLE (V.), La loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : entre dépenalisation et pénalisation, Dr. pénal, 2014, Etude n°13.

VAN COMPERNOLLE (J.), Impartialité du juge et cumul de fonctions au fond et au provisoire : réflexions sur des arrêts récents, Mélanges P. LAMBERT, Bruylant, 2000, p. 935 et s.

VANDERLINDEN (J.), Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une *source délicieuse*, R.T.D.civ., 1995, p. 69 et s.

VANDERMEERSCH (D.), Le mandat d'arrêt européen et la protection des droits de l'homme, R.D.P.C., 2005, p. 219 et s.

VANHOUDT (C.-J.), Le droit de perquisition et les atteintes à l'inviolabilité du domicile, R.D.P.C., 1959-1960, p. 243 et s.

VAN OMMESLAGHE (P.), A propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne, *Liber Amicorum* J. MALHERBE, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 1103 et s.

VARINARD (A.),

- Les lois du 5 mars 2007 et du 10 août 2007, R.P.D.P., 2008, p. 211 et s.

- La justice pénale des mineurs : une justice à réformer, Mélanges S. GUINCHARD, Dalloz, 2010, p. 997 et s.

VASSEUR (M.), Urgence et droit civil, R.T.D.civ., 1954, p. 405 et s.

VEDEL (G.),

- Les bases constitutionnelles du droit administratif, E.D.C.E., 1954, p. 21 et s.
- De l'arrêt *Septfonds* à l'arrêt *Barinstein* (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires), J.C.P., 1948, I, 682.
- La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative, J.C.P., 1950, I, 851.

VELASCO (V.), La liberté individuelle, une garantie à rude épreuve, Frontières du droit, critique des droits, Billets d'humeur en l'honneur de D. LOCHAK, Droit et société, n°14, L.G.D.J., 2007, p. 215 et s.

VERGES (E.),

- Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables, D., 2007, chron., p. 1441 et s.
- L'effet normatif de l'article préliminaire du Code de procédure pénale, in Sciences pénales et sciences criminologiques, Mélanges R. GASSIN, P.U.A.M., 2007, p. 327 et s.
- La Cour européenne des droits de l'homme et la discipline pénitentiaire (à propos de l'arrêt *Ezeh et Connors / Royaume-Uni*), Dr. pénal, 2004, Etude n°7.
- L'enquête pénale au cœur d'un changement de paradigme : le statut et les droits de la personne mise en cause dans la procédure pénale, R.P.D.P., 2009, p. 837 et s.
- La transformation du modèle français de la garde à vue : étude d'un exemple d'acculturation de la procédure pénale, R.P.D.P., 2010, p. 865 et s.
- La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004, A.J. pénal, 2004, dossier, p. 181 et s.
- Eléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé, Mélanges J.-H. ROBERT, LexisNexis, 2012, p. 853 et s.
- Garde à vue : le rôle de l'avocat au cœur d'un conflit de normes nationales et européennes, D., 2011, point de vue, p. 3005 et s.
- Emergence européenne d'un régime juridique du suspect, une nouvelle rationalité juridique, Rev. sc. crim., 2012, chron., p. 635 et s.
- Impartialité du juge des enfants et composition des juridictions des mineurs : le revirement de position (Loi n°2011-1940 du 26 décembre 2011 visant à instaurer un service citoyen pour les mineurs délinquants), Rev. sc. crim., 2012, chron., p. 201 et s.
- Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens, Rev. sc. crim., 2013, chron., p. 605 et s.
- Le contrôle graduel des preuves technologiques, R.P.D.P., 2013, p. 897 et s.
- Le procureur de la République financier : entre projet politique et recherche de l'efficacité, Rev. sc. crim., 2014, chron., p. 143 et s.
- Le statut juridique du suspect : un premier défi pour la transposition du droit de l'Union européenne en procédure pénale, Dr. pénal, 2014, Etude n°15.

VERIN (J.), Les rapports entre la peine et la mesure de sûreté, Rev. sc. crim., 1963, p. 529 et s.

VERNY (E.),

- Des sonorisations et des fixations d'images décidées par le juge d'instruction, R.P.D.P., 2004, p. 777 et s.
- Des surveillances nouvelles en droit pénal, Mélanges B. BOULOC, Dalloz, 2007, p. 1141 et s.
- (dir.), Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Rapport annuel de la Cour de cassation 2008, troisième partie.
- Le droit à l'assistance d'un avocat lors de la garde à vue, in La diversité du droit, Mélanges J. SAINTE-ROSE, Bruylant, 2012, C. PUIGELIER (dir.), préf. F. TERRE, p. 1347 et s.
- L'interprétation des lois pénales de forme, Mélanges J.-L. BERGEL, Le droit entre autonomie et ouverture, Bruylant, 2013, p. 939 et s.

VERPEAUX (M.),

- La liberté, A.J.D.A., 1998, n° spécial, p. 144 et s.
- Le faux *impeachment* à la française ou la nouvelle combinaison du pénal et du politique. A propos de la révision du titre IX de la Constitution, J.C.P., 2007, I, 141.

VIALA (A.), Droits fondamentaux (notion), Dictionnaire des droits fondamentaux, Dalloz, 2010, D. CHAGNOLLAUD, G. DRAGO (dir.), p. 303 et s.

VIALATTE (R.), De certaines analogies existant entre les actes du juge d'instruction et du juge des enfants, et les actes du juge de l'application des peines, J.C.P., 1964, I, 1866.

VIALETES (M.), GROSSET (M.), L'unification du contentieux de l'hospitalisation sans consentement. De quelques questions posées par sa mise en œuvre au 1^{er} janvier 2013, J.C.P., 2013, Etude, 157.

VICHNIEVSKY (L.), La saisie en droit français (au stade de l'enquête, de l'instruction), Petites affiches du 31 oct. 2002, n°218, p. 5 et s.

VIENNE (R.),

- Les écoutes téléphoniques au regard de la Cour européenne des droits de l'homme, Mélanges G. LEVASSEUR, Gazette du Palais-Litec, 1992, p. 263 et s.
- Preuve et atteintes à la personne, J.C.P., 1949, I, 758.

VIGOUROUX (C.),

- La valeur de la justice en détention, A.J.D.A., 2009, p. 403 et s.
- Le contrôle de la police, *in* L'Etat de droit, Mélanges G. BRAIBANT, Dalloz, 1996, p. 743 et s.

VILLEY (M.),

- Essor et décadence du volontarisme juridique, Arch. phil. dr., 1957, p. 87 et s.
- Une définition du droit, Arch. phil. dr., 1959, Sirey, p. 47 et s.

VITU (A.),

- Le principe de légalité et la procédure pénale, R.I.C.P.T., 1967, vol. XXI, n°2, p. 94 et s.
- Le classement sans suite, Rev. sc. crim., 1947, p. 505 et s.
- La cour d'assises dans le Code de procédure pénale, Rev. sc. crim., 1959, p. 539 et s.
- Le tribunal correctionnel à juge unique, *in* Les juges uniques : dispersion ou réorganisation du contentieux ?, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, p. 81 et s.
- Dignité de la personne et procès pénal, *in* Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges C. BOLZE, Economica, 1999, p. 387 et s.
- La mise en œuvre de la responsabilité pénale des magistrats et des membres de la police judiciaire en droit français, *in* En hommage à J. CONSTANT, Faculté de droit de Liège, 1971, p. 373 et s.

VIZIOZ (H.), Les pouvoirs du juge des référés en matière d'astreintes, J.C.P., 1948, I, 689.

VLACHOS (G.), Quelques considérations sur le droit et la sanction, *in* La technique et les principes du droit public, Etudes en l'honneur de G. SCELLE, t. 2, L.G.D.J., 1950, p. 585 et s.

VLAMYNCK (H.),

- La théorie de l'apparence : enquêtes préliminaire, de flagrance et enquêtes spécifiques de mort suspecte et de disparition inquiétante, A.J. pénal, 2005, p. 322 et s.
- La garde à vue de la personne sous l'emprise de boissons alcooliques, A.J. pénal, 2009, pratiques, p. 121 et s.
- Approche policière pratique du projet de loi relatif à la garde à vue, *in* Quelle réforme pour la garde à vue ?, A.J. pénal, 2010, dossier, p. 474 et s.
- Le policier et le principe de l'inviolabilité du domicile, A.J. pénal, 2011, p. 352 et s.
- Première approche policière et pratique du projet de Code de procédure pénale, A.J. pénal, 2010, dossier, p. 174 et s.
- Le trafic de produits stupéfiants et les procédures policières afférentes, A.J. pénal, 2004, dossier, p. 187 et s.
- La loyauté de la preuve au stade de l'enquête policière, A.J. pénal, 2014, dossier, p. 325 et s.

VOUIN (R.),

- La détention provisoire, D., 1970, chron., p. 191 et s.
- Le Code de procédure pénale, J.C.P., 1959, I, 1477.
- Prière pour la chambre des mises en accusation, J.C.P., 1955, I, 1221.
- Justice pour la chambre d'accusation, J.C.P., 1956, I, 1327.
- La Cour de sûreté de l'Etat (Lois du 15 janvier 1963), J.C.P., 1963, I, 1764.

VOULAND (P.), Quels changements pour la pratique ?, *in* L'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale, A.J. pénal, 2010, dossier, p. 169 et s.

VROOM (C.), La liberté individuelle au stade de l'enquête de police en France et aux Etats-Unis, *Rev. sc. crim.*, 1988, p. 487 et s.

VUILLEMIN-GONZALES (C.), La protection de la liberté pendant la phase préparatoire, *R.P.D.P.*, 2001, p. 101 et s.

VULLIERME (J.-L.), Les anastomoses du droit (Spéculation sur les sources du droit), *Arch. phil. dr.*, 1982, t. 27, p. 5 et s.

WACHSMANN (P.),

- L'atteinte grave à une liberté fondamentale, *R.F.D.A.*, 2007, p. 58 et s.
- La liberté individuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *Rev. sc. crim.*, 1988, p. 1 et s.
- Sur la clarté de la loi, *Mélanges P. AMSELEK*, Bruylant, 2005, p. 809 et s.
- La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Recueil d'études à la mémoire de J. SCHWOB*, *Le droit des organisations internationales*, Bruylant, 1997, p. 241 et s.
- De la qualité de la loi à la qualité du système juridique, *Mélanges G. COHEN-JONATHAN*, vol. II, Bruylant, 2004, p. 1687 et s.
- Nouvelles techniques permettant des restrictions aux libertés publiques ou de la protection des libertés dans la société du spectacle, *in Mutation ou crépuscule des libertés publiques ?*, *Jus Politicum*, *Rev. dr. pol.*, 2010, n°5, Dalloz, 2011, p. 49 et s.
- Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme, *in L'homme et le droit*, *En hommage au Professeur Jean-François FLAUSS*, Pedone, 2014, p. 797 et s.

WALD (A.), Rapport général sur La vérité et le droit, *Travaux de l'Association H. CAPITANT*, 1987, t. XXXVIII, p. 529 et s.

WALINE (M.),

- Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?, *Mélanges J. DABIN*, Bruylant, 1963, t. I, p. 359 et s.
- Le pouvoir normatif de la jurisprudence, *in La technique et les principes du droit public*, *Etudes en l'honneur de G. SCHELLE*, *L.G.D.J.*, 1950, t. II, p. 613 et s.
- Du critère des actes juridictionnels, *R.D.P.*, 1933, p. 565 et s.

WALINE (J.), L'influence des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit positif français, *Mélanges G. COHEN-JONATHAN*, vol. II, Bruylant, 2004, p. 1707 et s.

WAQUET (C.), Le droit au recours et la procédure devant la CEDH, *D.*, 2010, chron., p. 2603 et s.

WEITZEL (L.), La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, avancée ou régression ?, *in L'Europe des droits fondamentaux*, *Mélanges en hommage à A. WEITZEL*, Pedone, 2013, p. 225 et s.

WIEDERKEHR (G.),

- Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires, *Mélanges A. RIEG*, Bruylant, 2000, p. 883 et s.
- Sens, signification et signification de l'autorité de chose jugée, *Etudes J. NORMAND*, Litec, 2003, p. 507 et s.
- Qu'est-ce qu'un juge ?, *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, *Mélanges R. PERROT*, Dalloz, 1996, p. 575 et s.
- L'accélération des procédures et les mesures provisoires, *R.I.D.comp.*, 1998, p. 449 et s.
- La notion de grief et les nullités de forme dans la procédure civile, *D.*, 1984, chron., p. 165 et s.
- La responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la justice. Panorama général, *in La responsabilité des gens de justice*, *Justices*, n°5, 1997, p. 13 et s.

WITZ (C.), Georges ROUHETTE et l'acte juridique, *in Hommage à Georges ROUHETTE*, Dalloz, 2013, p. 49 et s.

ZOLLER (E.), Procès équitable et *due process of law*, *D.*, 2007, chron., p. 517 et s.

IV. CONCLUSIONS, NOTES, OBSERVATIONS

ABRAHAM (R.), concl. sur T.C., 25 avril 1994 (*Dulangi et autre*), D., 1994, jurispr., p. 389.

ALBANEL (V.), concl. sur TA Strasbourg, 2 juill. 1991, *Théron*, A.J.D.A., 1992, jurispr., p. 77.

ALIBERT (R.), note sous T.C., 14 janv. 1935 (*Thépez*), S., 1935, III, p. 17.

ALLAIN (E.),

- obs. sur Cass. crim., 13 déc. 2006, A.J. pénal, 2007, jurispr., p. 140.
- obs. sur le rapport de la commission BEAUME sur la procédure pénale, présenté le 10 juillet 2014, D., 2014, p. 1547 et A.J. pénal, 2014, dossier, p. 332.

AMBROISE-CASTEROT (C.),

- obs. sur Cass. crim., 12 fév. 2008 (2 arrêts), R.P.D.P., 2008, p. 381.
- obs. sur Cass. crim., 10 mars 2004, R.P.D.P., 2005, p. 416.
- obs. sur Cass. crim., 14 sept. 2004, R.P.D.P., 2005, p. 416.
- obs. sur Cass. crim., 5 fév. 2008, Rev. sc. crim., 2009, p. 104.
- obs. sur Cass. crim., 11 juill. 2007, R.P.D.P., 2008, p. 108.
- obs. sur Cass. crim., 6 déc. 2005, R.P.D.P., 2006, p. 139.
- obs. sur Cass. crim., 26 mars 2008, R.P.D.P., 2008, p. 391.
- obs. sur Cass. crim., 13 oct. 2004, R.P.D.P., 2005, p. 410.
- obs. sur Cass. crim., 16 janv. 2008, R.P.D.P., 2008, p. 385.
- obs. sur Cass. crim., 31 janv. 2007, R.P.D.P., 2007, p. 385.
- obs. sur Cass. crim., 1^{er} mars 2006, R.P.D.P., 2006, p. 385.
- obs. sur Cass. crim., 31 janv. 2012, R.P.D.P., 2012, p. 157.
- obs. sur Cass. crim., 1^{er} fév. 2012, R.P.D.P., 2012, p. 153.
- obs. sur Cass. crim., 1^{er} oct. 2003, Rev. sc. crim., 2004, p. 99.
- note sous Cass. Ass. plén., 15 juin 2012, J.C.P., 2012, 933.

A. P., note sous Cass. crim., 23 nov. 1972, J.C.P., 1973, II, 17428.

ARRIGHI DE CASANOVA (J.), concl. sur T.C., 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris / Tribunal de grande instance de Paris*, R.F.D.A., 1997, p. 514 et D., 1997, jurispr., p. 567.

ASCENSI (L.),

- obs. sur Cass. crim., 27 mai 2009, A.J. pénal, 2009, jurispr., p. 367.
- obs. sur C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, n°2010-81, A.J. pénal, 2011, jurispr., p. 140.
- obs. sur Cass. crim., 9 déc. 2008, A.J. pénal, 2009, jurispr., p. 136.
- obs. sur Cass. crim., 19 janv. 2010, A.J. pénal, 2010, jurispr., p. 195.
- obs. sur Cass. crim., 16 fév. 2010, A.J. pénal, 2010, jurispr., p. 247.
- obs. sur Cass. crim., 3 mars 2010, A.J. pénal, 2010, jurispr., p. 294.
- obs. sur Cass. crim., 16 fév. 2010, A.J. pénal, 2010, jurispr., p. 248.
- obs. sur Cass. crim., 11 mai 2010, A.J. pénal, 2010, jurispr., p. 448.
- obs. sur Cass. crim., 11 mai 2011, A.J. pénal, 2011, jurispr., p. 371.
- obs. sur Cass. crim., 18 janv. 2011, A.J. pénal, 2011, jurispr., p. 198.
- obs. sur Cass. crim., 23 mai 2013, A.J. pénal, 2013, jurispr., p. 482.
- obs. sur Cass. crim., 22 oct. 2013 (2 arrêts), A.J. pénal, 2013, jurispr., p. 668.
- obs. sur Cass. crim., 14 janv. 2014, A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 248.
- obs. sur Cass. crim., 29 janv. 2014 (2 arrêts), A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 310.
- obs. sur Cass. crim., 12 mars 2014, A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 363.

BARBIER (G.), obs. sur Cass. crim., 14 mai 2013, D., 2014, p. 321.

BEAUVAIS (P.),

- obs. sur CEDH, 3 nov. 2011, *Cocaign / France* et CEDH, 10 nov. 2011, *Plathey / France*, R.P.D.P., 2012, p. 182.
- note sous Cass. crim., 16 sept. 2009, J.C.P., 2010, note, 184.
- obs. sur CEDH, 2 sept. 2010, *Uzun / Allemagne*, R.P.D.P., 2011, p. 187.

BELDA (B.), note sous Cass. com., 2 fév. 2010 (2 arrêts), J.C.P., 2010, 300.

BELFANTI (L.),

- obs. sur Cass. crim., 25 juin 2013, A.J. pénal, 2013, jurispr., p. 539.
- obs. sur Cass. crim., 6 nov. 2013, A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 79.
- obs. sur Cass. crim., 6 nov. 2013, A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 89.

- obs. sur Cass. crim., 26 fév. 2014, A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 372.
- BIOY (X.)**, note sous CE, ord., 8 sept. 2005, D., 2006, jurisp., p. 124.
- BOCCON-GIBOD (D.)**,
 - concl. sur Cass. crim., 14 fév. 2012, D., 2012, p. 775.
 - obs. sur Cass. crim., 23 janv. 2013 et Cass. crim., 9 avril 2013, Rev. sc. crim., 2013, p. 395.
 - obs. sur Cass. crim., 22 oct. 2013 (2 arrêts), Rev. sc. crim., 2013, p. 847.
 - obs. sur Cass. crim., 5 fév. 2014 (2 arrêts), Rev. sc. crim., 2014, p. 386.
- BOITARD (M.)**, note sous Cass. crim., 9 janv. 1958, J.C.P., 1958, II, 10537.
- BONFILS (P.)**,
 - note sous Cass. civ. 2^{ème}, 7 oct. 2004, D., 2005, jurisp., p. 122.
 - note sous CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz / Pologne*, D., 2010, p. 1324.
- BOTTON (A.)**, obs. sur C.C., 4 déc. 2013, n°2013-679 DC, R.P.D.P., 2013, p. 930.
- BOULOC (B.)**,
 - note sous Cass. crim., 29 oct. 1996, D., 1997, jurisp., p. 182.
 - note sous CA Versailles (ch. instr., 10^{ème} ch. A), 17 nov. 2009, D., 2010, p. 1058.
 - obs. sur Cass. crim., 18 déc. 2013, D., 2014, p. 146.
- BRAUNSCHWEIG (A.)**, obs. sur Cass. crim., 24 janv. 1985, Rev. sc. crim., 1986, p. 131.
- BREEN (E.)**, note sous CA Paris (ch. acc.), 30 sept. 1996, D., 1997, jurisp., p. 111.
- BROUCHOT (J.)**,
 - rapp. sur Cass. crim., 22 janv. 1953 (*Isnard*), J.C.P., 1953, II, 7456.
 - note sous Cass. crim., 12 juin 1952 (*Imbert*), J.C.P., 1952, II, 7241.
- BUISSON (J.)**,
 - note sous Cass. crim., 5 mai 1997, Procédures, 1997, comm. n°272.
 - note sous Cass. crim., 13 oct. 1998, Procédures, 1999, comm. n°43.
 - note sous Cass. crim., 12 oct. 2005, Procédures, 2005, comm. n°287.
 - note sous Cass. crim., 6 mai 2003, Procédures, 2003, comm. n°178.
 - note sous Cass. crim., 2 fév. 2005, Rev. sc. crim., 2006, p. 416.
 - note sous Cass. crim., 13 oct. 1999, Procédures, 2000, comm. n°74.
 - note sous Cass. crim., 15 fév. 2000, Procédures, 2000, comm. n°131.
 - note sous Cass. crim., 4 déc. 2007, Procédures, 2008, comm. n°59.
 - note sous Cass. crim., 12 fév. 2008, Procédures, 2008, comm. n°218.
 - note sous Cass. crim., 30 sept. 1997, Procédures, 1998, comm. n°50.
 - note sous Cass. crim., 7 juin 2006, Procédures, 2006, comm. n°217.
 - note sous Cass. crim., 11 fév. 1998, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°197.
 - note sous Cass. crim., 17 nov. 1999, Procédures, 2000, comm. n°107.
 - note sous Cass. crim., 9 janv. 2002, Procédures, 2002, comm. n°105.
 - note sous Cass. crim., 4 nov. 1999, Procédures, 2000, comm. n°76.
 - note sous Cass. crim., 28 juin 2000, Procédures, 2000, comm. n°237.
 - note sous Cass. crim., 5 janv. 2005, Procédures, 2005, comm. n°111.
 - note sous Cass. crim., 6 déc. 2005, Procédures, 2006, comm. n°57.
 - note sous Cass. crim., 5 fév. 2008, Procédures, 2008, comm. n°219.
 - note sous Cass. crim., 14 janv. 2003, Procédures, 2003, comm. n°152.
 - note sous Cass. crim., 21 sept. 1999, Procédures, 2000, comm. n°23.
 - note sous Cass. crim., 1^{er} déc. 2004, Procédures, 2005, comm. n°76.
 - note sous Cass. crim., 4 janv. 2006, Procédures, 2006, comm. n°86.
 - note sous Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} avril 1999, Procédures, 1999, comm. n°163.
 - note sous Cass. crim., 6 déc. 2000, Procédures, 2001, comm. n°115.
 - note sous Cass. crim., 13 nov. 1996, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°207.
 - note sous Cass. crim., 5 sept. 2007, Procédures, 2008, comm. n°23.
 - obs. sur Cass. crim., 25 nov. 2009, Procédures, 2010, comm. n°153.
 - note sous Cass. crim., 4 avril 1996, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°121.
 - obs. sur C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, n°2010-80, Procédures, 2011, comm. n°73.
 - note sous C.C., Q.P.C., 30 sept. 2011, n°2011-168, Procédures, 2011, comm. n°346.
 - obs. sur Cass. crim., 6 déc. 2011, Procédures, 2012, comm. n°89.
 - obs. sur Cass. crim., 25 juill. 2012, Procédures, 2012, comm. n°301.

- note sous Cass. crim., 6 déc. 2000, Procédures, 2001, comm. n°96.
- note sous Cass. crim., 27 mai 1997, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°212.
- note sous Cass. crim., 25 avril 2001, Procédures, 2001, comm. n°159.
- note sous Cass. crim., 31 oct. 2001, Procédures, 2002, comm. n°37.
- note sous Cass. crim., 2 sept. 2004, Procédures, 2004, comm. n°244.
- note sous Cass. crim., 17 mars 2004, Procédures, 2004, comm. n°136.
- note sous Cass. crim., 7 juin 2006, Procédures, 2006, comm. n°250.
- note sous CEDH, 14 déc. 1999, *Khalfaoui / France*, Procédures, 2000, comm. n°41.
- note sous Cass. crim., 9 mars 1995, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°252.
- note sous Cass. crim., 15 janv. 2003, Procédures, 2003, comm. n°121.
- note sous Cass. crim., 1^{er} mars 2006, Procédures, 2006, comm. n°142.
- note sous Cass. crim., 6 sept. 2006, Procédures, 2006, comm. n°249.
- note sous Cass. crim., 23 nov. 1999, Procédures, 2000, comm. n°106.
- note sous Cass. crim., 12 déc. 2000, Procédures, 2001, comm. n°70.
- note sous CEDH, 20 déc. 2005, *Wisse / France*, Procédures, 2006, comm. n°141.
- note sous Cass. crim., 21 mars 2007, Procédures, 2007, comm. n°201.
- note sous Cass. crim., 27 mai 2009, Procédures, 2009, comm. n°284.
- note sous Cass. crim., 9 fév. 2000, Procédures, 2000, comm. n°130.
- note sous Cass. crim., 25 nov. 2003, Procédures, 2004, comm. n°60.
- note sous Cass. crim., 4 janv. 2005, Procédures, 2005, comm. n°108.
- note sous CEDH, 10 juill. 2008, *Medvedyev et autres / France*, Procédures, 2008, comm. n°343.
- obs. sur C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, n°2010-62, Procédures, 2011, comm. n°72.
- note sous Cass. crim., 29 fév. 1996, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°160.
- note sous Cass. crim., 26 sept. 1995, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°78.
- note sous Cass. crim., 3 oct. 2006, Procédures, 2007, comm. n°95.
- note sous Cass. crim., 3 déc. 2002, Procédures, 2003, comm. n°48.
- note sous Cass. crim., 1^{er} avril 2003, Procédures, 2003, comm. n°179.
- note sous Cass. crim., 6 mai 1996, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°161.
- note sous Cass. crim., 23 juin 1999, Procédures, 2000, comm. n°22.
- note sous Cass. crim., 28 mars 2000, Procédures, 2000, comm. n°175.
- note sous Cass. crim., 29 fév. 2000, Procédures, 2000, comm. n°153.
- note sous Cass. crim., 22 juin 2000 et 12 sept. 2000, Procédures, 2001, comm. n°14.
- note sous Cass. crim., 31 oct. 2001, Procédures, 2002, comm. n°35.
- note sous Cass. crim., 12 avril 2005, Procédures, 2005, comm. n°214.
- note sous Cass. crim., 29 janv. 2003, Procédures, 2003, comm. n°100.
- note sous Cass. crim., 13 avril 2005, Procédures, 2005, comm. n°215.
- obs. sur CEDH, 4 nov. 2010, *Darraj / France*, Procédures, 2010, comm. n°420.
- note sous Cass. crim., 15 nov. 2000, Procédures, 2001, comm. n°97.
- note sous Cass. crim., 11 mai 2005, Procédures, 2005, comm. n°195.
- note sous Cass. crim., 28 janv. 1997, Procédures, 1997, comm. n°122.
- note sous Cass. crim., 10 fév. 2009, Procédures, 2009, comm. n°174.
- note sous Cass. crim., 21 juin 2006, Procédures, 2006, comm. n°219.
- note sous Cass. crim., 6 mai 1996, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°193.
- note sous Cass. crim., 9 août 2006, Procédures, 2006, comm. n°278.
- note sous Cass. crim., 7 fév. 2007, Procédures, 2007, comm. n°147.
- note sous Cass. crim., 12 juin 2003, Procédures, 2003, comm. n°223.
- note sous Cass. crim., 19 janv. 2000, Procédures, 2000, comm. n°155.
- note sous Cass. crim., 6 mai 2002, Procédures, 2002, comm. n°191.
- note sous Cass. crim., 27 fév. 1996, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°141.
- obs. sur Cass. crim., 13 avril 2005, Rev. sc. crim., 2006, p. 419.
- note sous Cass. crim., 18 fév. 2003, Procédures, 2003, comm. n°99.
- note sous Cass. crim., 16 déc. 2009, Procédures, 2010, comm. n°163.
- note sous Cass. crim., 26 fév. 2008, Procédures, 2008, comm. n°155.
- note sous Cass. crim., 24 nov. 1998, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°219.

- note sous Cass. crim., 28 juin 2000, Procédures, 2001, comm. n°16.
- note sous Cass. ch. mixte, 7 juill. 2000, Procédures, 2001, comm. n°17.
- note sous Cass. crim., 25 juill. 1995, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°112.
- note sous Cass. crim., 29 fév. 2000 (2 espèces), Procédures, 2000, comm. n°154.
- note sous Cass. crim., 25 juin 1997, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°213.
- note sous Cass. crim., 31 mai 2007, Procédures, 2007, comm. n°229.
- note sous Cass. crim., 19 déc. 2000, Procédures, 2001, comm. n°113.
- note sous Cass. crim., 14 fév. 2001, Procédures, 2001, comm. n°160.
- note sous Cass. crim., 24 janv. 2007, Procédures, 2007, comm. n°148.
- note sous Cass. crim., 17 sept. 1996, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°224.
- note sous Cass. crim., 13 fév. 2008, Procédures, 2008, comm. n°184.
- note sous Cass. crim., 14 sept. 2005, Procédures, 2005, comm. n°258.
- note sous Cass. crim., 22 janv. 2002, Procédures, 2002, comm. n°76.
- note sous Cass. crim., 3 déc. 1997, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°127.
- note sous Cass. crim., 9 mai 2001, Procédures, 2001, comm. n°158.
- note sous Cass. crim., 27 fév. 2008, Procédures, 2008, comm. n°156.
- note sous Cass. crim., 25 nov. 2003, Procédures, 2004, comm. n°37.
- note sous Cass. crim., 4 mars 2009, Procédures, 2009, comm. n°243.
- note sous Cass. crim., 16 juill. 1997, Procédures, Hors-série, mars 2001, comm. n°114.
- note sous Cass. crim., 22 juill. 1997 et Cass. crim., 2 sept. 1997, Procédures, 1998, comm. n°18.
- note sous Cass. crim., 10 mai 2001, Procédures, 2001, comm. n°182.
- obs. sur C.C., Q.P.C., 23 juill. 2010, n°2010-15/23, Procédures, 2010, comm. n°388.
- note sous Cass. crim., 22 juill. 2009, Procédures, 2009, comm. n°328.
- obs. sur Cass. crim., 24 juin 2009, Procédures, 2009, comm. n°427.
- note sous Cass. crim., 3 avril 1995, Procédures, 1995, comm. n°191.
- obs. sur Cass. crim., 19 mai 2009, Rev. sc. crim., 2009, p. 893.
- obs. sur la loi n°2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense, Procédures, 2009, comm. n°329.
- note sous Cass. crim., 10 avril 1996, Procédures, 1996, comm. n°229.
- note sous Cass. crim., 17 mai 2000, Procédures, 2000, comm. n°191.
- note sous Cass. crim., 8 mars 2000, Procédures, 2000, comm. n°176.
- note sous Cass. crim., 3 juin 2008, Procédures, 2008, comm. n°277.
- note sous Cass. crim., 8 oct. 1997, Procédures, 1998, comm. n°46.
- note sous Cass. crim., 18 janv. 2006, Procédures, 2006, comm. n°85.
- note sous Cass. crim., 17 sept. 2008, Procédures, 2009, comm. n°24.
- note sous Cass. crim., 6 janv. 1998, Procédures, 1998, comm. n°98.
- obs. sur Cass. crim., 8 janv. 2013, Procédures, 2013, comm. n°82.
- obs. sur Cass. crim., 31 mai 2012, Procédures, 2012, comm. n°306.
- obs. sur le décret n°2013-958 du 25 oct. 2013, portant application des dispositions de l'article préliminaire et de l'article 803-5 du Code de procédure pénale relatives au droit à l'interprétation et à la traduction, Procédures, 2013, comm. n°357.
- obs. sur la loi n°2012-1432 du 21 déc. 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, Procédures, 2013, comm. n°51.
- obs. sur Cass. crim., 6 mars 2013, Procédures, 2013, comm. n°168.
- note sous CEDH, 28 juin 2012, *Ressiot et autres / France*, Procédures, 2012, comm. n°257.
- obs. sur Cass. crim., 24 août 2012, Procédures, 2012, comm. n°304.
- obs. sur la loi n°2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées, Procédures, 2013, comm. n°52.
- note sous C.C., Q.P.C., 14 juin 2013, n°2013-314, Procédures, 2013, comm. n°265.
- obs. sur Cass. crim., 15 janv. 2013, Procédures, 2013, comm. n°121 (1^{er} arrêt).
- obs. sur Cass. crim., 16 janv. 2013, Procédures, 2013, comm. n°121 (2^{ème} arrêt).
- obs. sur Cass. crim., 16 janv. 2013, Procédures, 2013, comm. n°81.

- obs. sur le décret n°2013-784 du 28 août 2013 relatif aux missions et à l'organisation de l'inspection générale de la police nationale, *Procédures*, 2013, comm. n°295.
- obs. sur la loi n°2013-869 du 27 septembre 2013 modifiant certaines dispositions issues de la loi n°2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, *Procédures*, 2013, comm. n°320.
- obs. sur la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, *Procédures*, 2014, comm. n°82.
- obs. sur Cass. crim., 25 fév. 2014, *Procédures*, 2014, comm. n°124.
- obs. sur Cass. crim., 25 fév. 2014, *Procédures*, 2014, comm. n°126.
- obs. sur la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *Procédures*, 2014, comm. n°181.
- obs. sur C.C., Q.P.C., 25 avril 2014, n°2014-393, *Procédures*, 2014, comm. n°182.
- obs. sur C.C., Q.P.C., 11 avril 2014, n°2014-390, *Procédures*, 2014, comm. n°183.
- obs. sur C.C., Q.P.C., 4 avril 2014, n°2014-387, *Procédures*, 2014, comm. n°187.
- obs. sur la loi n°2014-528 du 26 mai 2014 modifiant la loi n°2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *Procédures*, 2014, comm. n°213.
- obs. sur le décret n°2014-477 du 13 mai 2014 relatif à la fouille des personnes détenues et à la délégation de signature du chef d'établissement pénitentiaire, *Procédures*, 2014, comm. n°218.
- obs. sur la loi n°2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *Procédures*, 2014, comm. n°214.

C. (J.), obs. sur Cass. crim., 22 juin 2004, A.J. pénal, 2004, jurisp., p. 372.

C. (M.-E.),

- obs. sur Cass. crim., 27 mars 2008, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 289.
- obs. sur Cass. crim., 9 déc. 2008, A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 84.
- obs. sur Cass. crim., 27 mars 2008, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 289.
- obs. sur Cass. crim., 7 avril 2009, A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 321.
- obs. sur Cass. crim., 7 fév. 2007, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 189.
- obs. sur Cass. crim., 7 fév. 2007, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 233.
- obs. sur Cass. crim., 18 juin 2008, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 428.
- obs. sur Cass. crim., 25 janv. 2006, A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 180.
- obs. sur Cass. crim., 24 juin 2008, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 428.
- obs. sur Cass. crim., 16 sept. 2008, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 472.
- obs. sur Cass. crim., 12 mai 2009, A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 320.
- obs. sur Cass. crim., 10 déc. 2008, A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 84.

CAMOUS (E.), obs. sur Cass. crim., 19 fév. 2014, J.C.P., 2014, 265.

CARBONNIER (J.), note sous Trib. civ. Lille, 18 mars 1947, D., 1947, jurisp., p. 507.

CATELAN (N.),

- obs. sur la loi n°2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, *Rev. sc. crim.*, 2013, p. 417.
- obs. sur la loi n°2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées, *Rev. sc. crim.*, 2013, p. 421.
- obs. sur la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, et sur la loi organique n°2013-1115 du 6 décembre 2013 relative au procureur de la République financier, *Rev. sc. crim.*, 2014, p. 393.

CERE (J.-P.),

- obs. sur CE, 17 déc. 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons*, A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 87.
- obs. sur CE, 28 déc. 2012, *Théron*, D., 2013, pan., p. 1313.
- obs. sur CEDH, 20 déc. 2005, *Wisse / France*, A.J. pénal, 2006, p. 128.
- obs. sur CEDH, 24 oct. 2006, *Vincent / France*, A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 500.
- note sous CEDH, 20 janv. 2011, *Payet / France*, D., 2011, p. 643.

CERF-HOLLENDER (A.), obs. sur C.C., Q.P.C., 4 avril 2014, n°2014-387, Rev. sc. crim., 2014, p. 361.

CHAMBON (P.),

- note sous CA Paris (ch. acc.), 12 oct. 1966, J.C.P., 1966, II, 14887.
- note sous CA Reims (ch. corr.), 18 mai 1984, J.C.P., 1985, II, 20422.
- note sous Cass. crim., 19 fév. 1980, D., 1980, jurispr., p. 356.
- note sous Cass. crim., 6 fév. 1996, J.C.P., 1996, II, 22634.
- note sous Cass. crim., 17 mars 1960, J.C.P., 1960, II, 11641.
- note sous CA Amiens (ch. acc.), 8 août 1974, J.C.P., 1975, II, 18164.
- note sous Cass. crim., 4 mai 1994, J.C.P., 1994, II, 22349.
- note sous CA Reims (ch. corr.), 18 mai 1984, J.C.P., 1985, II, 20422.

CHAVENT-LECLERE (A.-S.),

- note sous Cass. crim., 17 fév. 2010, Procédures, 2010, comm. n°194.
- obs. sur Cass. crim., 27 janv. 2010, Procédures, 2010, comm. n°156.
- note sous Cass. crim., 8 avril 2010, Procédures, 2010, comm. n°323.
- note sous C.C., Q.P.C., 30 juill. 2010, n°2010-14/22, Procédures, 2010, comm. n°382.
- note sous Cass. crim., 4 mai 2010, Procédures, 2010, comm. n°290.
- obs. sur Cass. crim., 20 janv. 2010, Procédures, 2010, comm. n°150.
- note sous Cass. crim., 18 août 2010, Procédures, 2010, comm. n°381.
- note sous CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco / France*, Procédures, 2010, comm. n°419.
- note sous Cass. crim., 13 avril 2010, Procédures, 2010, comm. n°290 (5^{ème} espèce).
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2010, Procédures, 2010, comm. n°289.
- note sous Cass. crim., 1^{er} fév. 2011, Procédures, 2011, comm. n°145 (2^{ème} espèce).
- note sous Cass. crim., 4 janv. 2011, Procédures, 2011, comm. n°110.
- note sous Cass. crim., 18 janv. 2011, Procédures, 2011, comm. n°145 (1^{ère} espèce).
- note sous CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin / France*, Procédures, 2011, comm. n°30.
- note sous Cass. crim., 15 déc. 2010, Procédures, 2011, comm. n°67.
- note sous Cass. crim., 31 mai 2011 (3 espèces), Procédures, 2011, comm. n°240.
- note sous Cass. crim., 11 mai 2011, Procédures, 2011, comm. n°241.
- note sous Cass. crim., 11 avril 2012, Procédures, 2012, comm. n°189.
- note sous Cass. crim., 12 juin 2013, Procédures, 2013, comm. n°259 (1^{ère} espèce).
- note sous Cass. crim., 25 juin 2013, Procédures, 2013, comm. n°259 (2^{ème} espèce).
- note sous Cass. crim., 19 sept. 2012, Procédures, 2012, comm. n°331.
- note sous Cass. crim., 18 déc. 2012, Procédures, 2013, comm. n°79.
- note sous C.C., Q.P.C., 17 fév. 2012, n°2011-223, Procédures, 2012, comm. n°126.
- note sous C.C., Q.P.C., 8 juin 2012, n°2012-253 ; C.C., Q.P.C., 18 juin 2012, n°2012-257 et Cass. crim., avis, 5 juin 2012, n°9002, Procédures, 2012, comm. n°256.
- note sous Cass. crim., 28 mars 2012, Procédures, 2012, comm. n°190.
- note sous Cass. crim., 25 juin 2013, Procédures, 2013, comm. n°260.
- note sous Cass. crim., 6 déc. 2011, Procédures, 2012, comm. n°47.
- note sous Cass. crim., 14 mai 2013, Procédures, 2013, comm. n°220.
- note sous Cass. crim., 7 mars 2012, Procédures, 2012, comm. n°157.
- note sous Cass. crim., 23 mai 2012, Procédures, 2012, comm. n°255.
- obs. sur Cass. crim., 24 avril 2013, Procédures, 2013, comm. n°221.
- note sous CEDH, 18 oct. 2012, *Rossi / France*, Procédures, 2012, comm. n°368.
- note sous CEDH, 3 oct. 2013, *Vosgien / France*, Procédures, 2013, comm. n°356.
- note sous Cass. crim., 25 juill. 2012, Procédures, 2012, comm. n°299.
- note sous Cass. crim., 6 nov. 2013, Procédures, 2014, comm. n°21.
- note sous Cass. crim., 5 nov. 2013, Procédures, 2014, comm. n°23.
- note sous Cass. crim., 22 nov. 2011, Procédures, 2012, comm. n°18.
- note sous Cass. crim., 22 oct. 2013 (2 arrêts), Procédures, 2013, comm. n°358.
- note sous Cass. crim., 20 nov. 2013, Procédures, 2014, comm. n°24.
- note sous Cass. crim., 27 nov. 2013, Procédures, 2014, comm. n°25.
- note sous Cass. crim., 6 nov. 2013, Procédures, 2014, comm. n°55.
- note sous Cass. crim., 7 janv. 2014, Procédures, 2014, comm. n°83.

- note sous Cass. crim., 25 juin 2014, Procédures, 2014, comm. n°250.
 - note sous Cass. crim., 25 juin 2014, Procédures, 2014, comm. n°251.
- CHENOT (B.)**, concl. sur CE, 10 fév. 1950, Rec., p. 100.
- CHILSTEIN (D.)**,
- obs. sur Cass. crim., 7 fév. 2007, R.P.D.P., 2007, p. 435.
 - obs. sur Cass. crim., 7 fév. 2007, R.P.D.P., 2007, p. 432.
- COLOMBINI (A.)**, note sous CA Aix, 12 juin 1951 (*Isnard*), J.C.P., 1951, II, 6544.
- COMMARET (D.-N.)**,
- obs. sur Cass. crim., 21 sept. 1999, Rev. sc. crim., 2000, p. 417.
 - obs. sur Cass. crim., 3 avril 2002, Rev. sc. crim., 2002, p. 841.
 - obs. sur Cass. crim., 7 déc. 2005, Rev. sc. crim., 2006, p. 343.
 - obs. sur Cass. crim., 31 janv. 2006, Rev. sc. crim., 2006, p. 343.
 - obs. sur Cass. crim., 12 sept. 2000, Rev. sc. crim., 2001, p. 405.
- CONTE (P.)**,
- note sous Cass. crim., 4 janv. 2005, J.C.P., 2005, II, 10176.
 - note sous Cass. crim., 5 déc. 2000, J.C.P., 2001, II, 10615.
 - note sous Cass. crim., 14 nov. 2001, J.C.P., 2002, II, 10069.
 - obs. sur Cass. crim., 16 oct. 2012, R.P.D.P., 2013, p. 377.
- CORNU (G.)**, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 30 juin 1955, D., 1956, jurispr., p. 465.
- COSTE (J.)**,
- obs. sur CEDH, 1^{er} avril 2004, *Rivas / France*, A.J. pénal, 2004, jurispr., p. 206.
 - obs. sur Cass. crim., 2 sept. 2004, A.J. pénal, 2004, jurispr., p. 409.
 - obs. sur Cass. crim., 17 mars 2004, A.J. pénal, 2004, jurispr., p. 248.
 - obs. sur CEDH, 5 oct. 2004, *Blondet / France*, A.J. pénal, 2004, jurispr., p. 450.
- COURTIN (C.)**, note sous C.C., Q.P.C., 6 avril 2012, n°2012-228/229, D., 2012, p. 1376.
- CUTAJAR (C.)**, note sous Cass. crim., 9 mai 2012, D., 2012, p. 1652.
- CUTAJAR (C.) et DUCHAINE (C.)**, note sous Cass. crim., 26 mai 2010, J.C.P., 2010, Note, 1085.
- DANET (J.)**,
- obs. sur Cass. crim., 18 janv. 2011, A.J. pénal, 2011, jurispr., p. 83.
 - obs. sur Cass. crim., 7 avril 2010, Cass. crim., 8 avril 2010, Cass. crim., 18 août 2010 et Cass. crim., 6 oct. 2010, Rev. sc. crim., 2011, chron., p. 147.
 - obs. sur Cass. crim., 11 mai 2011, Rev. sc. crim., 2011, p. 414.
 - obs. sur Cass. crim., 6 déc. 2011, Rev. sc. crim., 2012, p. 185.
 - obs. sur Cass. crim., 14 mars 2012, Cass. crim., 21 mars 2012, Cass. crim., 31 mai 2012 et Cass. crim., 13 juin 2012, Rev. sc. crim., 2012, p. 631.
 - obs. sur Cass. crim., 1^{er} mars 2011 et C.C., 6 mai 2011, Rev. sc. crim., 2011, p. 415.
 - obs. sur C.C., Q.P.C., 18 nov. 2011, n°2011-191/194/195/196/197, Rev. sc. crim., 2012, p. 185.
 - obs. sur Cass. crim., 6 déc. 2011, Rev. sc. crim., 2012, p. 191.
 - obs. sur Cass. crim., 11 oct. 2011, Rev. sc. crim., 2012, p. 197.
 - obs. sur Cass. crim., 25 oct. 2011, Rev. sc. crim., 2012, p. 192.
 - obs. sur Cass. crim., 29 mars 2011, Rev. sc. crim., 2011, p. 417.
 - obs. sur Cass. crim., avis, 5 juin 2012, n°9002 et Cass. civ. 1^{ère}, 5 juill. 2012, n°11-30530, 11-19250 et 11-30371, Rev. sc. crim., 2012, p. 621.
 - obs. sur CEDH, 11 oct. 2012, *Abdelali / France*, Rev. sc. crim., 2013, p. 117.
 - obs. sur Cass. crim., 12 déc. 2012, Rev. sc. crim., 2013, p. 109.
 - obs. sur Cass. crim., 26 juin 2013, Rev. sc. crim., 2013, p. 591.
 - obs. sur Cass. crim., 5 mars 2013, Rev. sc. crim., 2013, p. 595.
 - obs. sur Cass. crim., 15 janv. 2014, Rev. sc. crim., 2014, p. 127.
 - obs. sur Cass. crim., 7 janv. 2014, Rev. sc. crim., 2014, p. 130.
 - obs. sur Cass. crim., 18 déc. 2013, Rev. sc. crim., 2014, p. 136.
 - obs. sur Cass. crim., 6 nov. 2013, Rev. sc. crim., 2014, p. 138.
- DARSONVILLE (A.)**, obs. sur Cass. crim., 21 mars 2007, D., 2007, act. jurispr., p. 1204.
- DAVIA (J.)**, note sous Cass. crim., 8 nov. 1979, J.C.P., 1980, II, 19337.
- DAVID**, concl. sur T.C., 30 juill. 1873 (*Pelletier*), D., 1874, III, p. 5.
- DEBBASCH (C.)**, note sous Cass. Ass. plén., 23 fév. 2001, D., 2001, jurispr., p. 1752.

DECIMA (O.), DETRAZ (S.), note sous Cass. crim., 19 déc. 2012, D., 2013, p. 551.

DE COMBLES DE NAYVES (P.),

- obs. sur Cass. crim., 5 nov. 2013, A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 90.
- obs. sur Cass. crim., 30 avril 2014, A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 374.

DEGORCE (E.),

- obs. sur Cass. crim., 19 oct. 2010, D., 2011, p. 132.
- obs. sur Cass. crim., 11 mai 2010, D., 2010, chron., p. 1659.

DE LAMY (B.),

- obs. sur C.C., Q.P.C., 18 nov. 2011, n°2011-191/194/195/196/197, Rev. sc. crim., 2012, chron., p. 217.
- obs. sur C.C., Q.P.C., 8 juill. 2011, n°2011-147, Rev. sc. crim., 2012, chron., p. 227.
- obs. sur C.C., 4 août 2011, n°2011-635 DC, Rev. sc. crim., 2012, chron., p. 227.
- obs. sur C.C., Q.P.C., 6 avril 2012, n°2012-228/229, Rev. sc. crim., 2013, chron., p. 441.
- obs. sur C.C., Q.P.C., 18 juin 2012, n°2012-257, Rev. sc. crim., 2013, chron., p. 441.
- obs. sur Cass. crim., 25 juin 2013 et Cass. crim., 26 juin 2013, Rev. sc. crim., 2013, chron., p. 899.
- obs. sur C.C., Q.P.C., 4 avril 2013, n°2013-314P et C.C., Q.P.C., 14 juin 2013, n°2013-314, Rev. sc. crim., 2013, chron., p. 903.

DELMAS SAINT-HILAIRE (J.-P.),

- obs. sur CA Paris, 7 janv. 1997, Rev. sc. crim., 1999, p. 105.
- obs. sur CA Reims (ch. corr.), 18 mai 1984, Rev. sc. crim., 1985, p. 69.
- obs. sur Cass. crim., 2 juill. 1987, Rev. sc. crim., 1988, p. 519.
- obs. sur Cass. crim., 7 fév. 1995, Rev. sc. crim., 1996, p. 131.

DELVOLVE (J.), concl. sur CE, 11 mai 1951, *Consorts Baud*, S., 1952, III, p. 13.

DEMICHÉL (A.), note sous T.C., 16 nov. 1964, *Clément*, D., 1965, jurisp., p. 668.

DEMOGUE (R.), note sous Cass. crim., 8 déc. 1906, *Laurent-Atthalin*, S., 1907, I, p. 377.

DESPREZ (F.),

- note sous Cass. crim., 19 sept. 2012, D., 2012, p. 2640.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 2012, J.C.P., 2012, 1309.

DETRAZ (S.),

- obs. sur Cass. crim., 4 avril 2012, Rev. sc. crim., 2012, p. 593.
- note sous Cass. crim., 5 oct. 2011, D., 2011, p. 2775.
- obs. sur Cass. crim., 10 avril 2013, Rev. sc. crim., 2013, p. 585.
- note sous Cass. crim., 8 fév. 2012, D., 2012, p. 723.
- note sous Cass. crim., 27 nov. 2013, J.C.P., 2014, 139.
- obs. sur T.C., 17 déc. 2012, *M^{me} Mérien / Ministre du budget*, Rev. sc. crim., 2013, p. 587.
- obs. sur Cass. crim., 9 avril 2013, Gaz. pal., 21-23 juill. 2013, n°202 à 204, p. 26.

DE VALKENNER (C.), note sous CEDH, 15 juin 1992, *Lüdi / Suisse*, R.T.D.H., 1993, p. 309.

DI MARINO (G.),

- note sous Cass. crim., 9 oct. 1980, J.C.P., 1981, II, 19578.
- obs. sur Cass. crim., 16 sept. 2003, R.P.D.P., 2004, p. 193.

DINTILHAC (J.-P.),

- obs. sur Cass. crim., 20 sept. 1995, Rev. sc. crim., 1996, p. 141.
- obs. sur Cass. crim., 30 mai 1996, Rev. sc. crim., 1996, p. 880.
- obs. sur Cass. crim., 28 janv. 1997, Rev. sc. crim., 1997, p. 664.
- obs. sur Cass. crim., 29 janv. 1997, Rev. sc. crim., 1997, p. 664.
- obs. sur Cass. crim., 2 avril 1997, Rev. sc. crim., 1997, p. 858.
- obs. sur Cass. crim., 4 janv. 1996 et Cass. crim., 30 avril 1996, Rev. sc. crim., 1996, p. 879.
- obs. sur Cass. crim., 19 fév. 1998, Rev. sc. crim., 1998, p. 581.

DI RAIMONDO (L.), note sous CEDH, 29 mars 2005, *Matheron / France*, J.C.P., 2005, II, 10091.

DONTENWILLE, concl. sur Cass. crim., 25 avril 1985, *Bogdan et Vuckovic* (2 arrêts), J.C.P., 1985, II, 20465.

DOUCET (J.-P.), obs. sur Cass. crim., 27 sept. 1988, Gaz. pal., 1989, I, somm., p. 75.

DRAGO (R.) et A. DECOQ (A.), note sous C.C., 29 déc. 1983, n°83-164 DC, J.C.P., 1984, II, 20160.

DREYER (E.), note sous Cass. crim., 19 oct. 2010, D., 2010, p. 2809.

DU CHEYRON (A.), note sous T.C., 19 oct. 1998 (*Préfet du Tarn / CA Toulouse*), J.C.P., 1999, II, 10225.

DUPARC (C.),

- obs. sur Cass. crim., 14 avril 2010, A.J. pénal, 2010, jurispr., p. 405.
- obs. sur Cass. crim., 2 déc. 2009, A.J. pénal, 2010, jurispr., p. 200.

EISENMANN (C.), note sous CE Ass., 17 avril 1953 (*Falco et Vidailiac*), D., 1953, jurispr., p. 683.

ENDERLIN (C.-S.),

- obs. sur Cass. civ. 2^{ème}, 7 oct. 2004, A.J. pénal, 2005, jurispr., p. 30.
- obs. sur Cass. crim., 13 oct. 2004, A.J. pénal, 2004, jurispr., p. 451.
- obs. sur Cass. crim., 8 juin 2005, A.J. pénal, 2005, jurispr., p. 289.

FINIELZ (R.),

- obs. sur Cass. crim., 25 juill. 2007, Rev. sc. crim., 2008, p. 933.
- obs. sur Cass. crim., 19 déc. 2006, Rev. sc. crim., 2007, p. 328.
- obs. sur Cass. crim., 27 mai 2009, Rev. sc. crim., 2009, p. 866.
- obs. sur Cass. crim., 29 avril 2009, Rev. sc. crim., 2009, p. 853.
- obs. sur Cass. crim., 13 nov. 2008, Rev. sc. crim., 2009, p. 408.
- obs. sur Cass. crim., 10 juin 2009, Rev. sc. crim., 2009, p. 866.
- obs. sur Cass. crim., 12 mai 2009, Rev. sc. crim., 2009, p. 863.
- obs. sur Cass. crim., 4 juin 2009, Rev. sc. crim., 2009, p. 863.
- obs. sur Cass. crim., 12 mars 2008, Rev. sc. crim., 2008, p. 923.

FLAUSS (J.-F.),

- obs. sur CEDH (Gr. ch.), 9 oct. 2003, *Ezeh et Connors / Royaume-Uni*, A.J.D.A., 2004, p. 536.
- obs. sur CEDH (Gr. ch.), 11 juill. 2006, *Jalloh / Allemagne*, A.J.D.A., 2006, p. 1710.

FOURMENT (F.),

- note sous Cass. Ass. plén., D., 2011, p. 562.
- obs. sur CEDH, 26 juill. 2007, *Walchli / France*, R.I.D.P., 2007, p. 260.
- obs. sur CEDH (Gr. ch.), 27 nov. 2008, *Salduz / Turquie*, R.I.D.P., 2009, p. 353.
- obs. sur CEDH, 24 sept. 2009, *Pishchalnikov / Russie*, R.I.D.P., 2009, p. 620.
- obs. sur CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan / Turquie*, R.I.D.P., 2010, p. 337.
- note sous Cass. crim., 19 sept. 2012, J.C.P., 2012, 1242.
- note sous CEDH (déc.), 28 août 2012, *Simons / Belgique*, D., 2012, p. 2644.
- obs. sur Cass. crim., 3 avril 2013, Gaz. pal., 21-23 juill. 2013, n°202 à 204, p. 38.
- obs. sur Cass. crim., 3 avril 2013, Gaz. pal., 21-23 juill. 2013, n°202 à 204, p. 39.
- obs. sur Cass. crim., 3 avril 2013, Gaz. pal., 21-23 juill. 2013, n°202 à 204, p. 40.
- obs. sur Cass. crim., 12 juin 2013, Gaz. pal., 13-15 oct. 2013, n°286 à 288, p. 37.
- obs. sur Cass. crim., 25 juin 2013, Gaz. pal., 13-15 oct. 2013, n°286 à 288, p. 38 et p. 39.
- obs. sur CEDH, 27 juin 2013, *Vassis et autres / France*, Gaz. pal., 13-15 oct. 2013, n°286 à 288, p. 41.
- obs. sur Cass. crim., 22 oct. 2013 (2 arrêts) et Cass. crim., 19 nov. 2013, Gaz. pal., 9-11 fév. 2014, n°40 à 42, p. 37.
- obs. sur Cass. crim., 6 nov. 2013, Gaz. pal., 9-11 fév. 2014, n°40 à 42, p. 39.
- obs. sur Cass. crim., 5 nov. 2013, Gaz. pal., 9-11 fév. 2014, n°40 à 42, p. 40.
- obs. sur Cass. crim., 20 nov. 2013, Gaz. pal., 9-11 fév. 2014, n°40 à 42, p. 41.
- obs. sur Cass. crim., 12 fév. 2014, J.C.P., 2014, 266.
- obs. sur Cass. crim., 7 janv. 2014, Gaz. pal., 11-13 mai 2014, n°131 à 133, p. 41.
- obs. sur Cass. crim., 25 fév. 2014, Gaz. pal., 11-13 mai 2014, n°131 à 133, p. 43.
- obs. sur Cass. crim., 19 mars 2014, Gaz. pal., 27-29 juill. 2014, n°208 à 210, p. 33.
- obs. sur Cass. crim., 30 avril 2014, Gaz. pal., 27-29 juill. 2014, n°208 à 210, p. 35.

FOURMENT (F.) et STOFAS (I.),

- obs. sur CEDH, 2 déc. 2008, *Erdal Aslan / Turquie*, R.I.D.P., 2009, p. 356.
- obs. sur CEDH, 18 déc. 2008, *Loutsenko / Ukraine*, R.I.D.P., 2009, p. 357.

FOURNIE (F.), note sous CA d'Agen (ch. corr.), 18 fév. 2010, D., 2010, p. 1850.

FRANCILLON (J.),

- obs. sur Cass. crim., 4 juin 2008, Rev. sc. crim., 2008, p. 621.

- obs. sur CEDH, 28 juin 2012, *Ressiot et autres / France* et CEDH, 12 avril 2012, *Martin et autres / France*, Rev. sc. crim., 2012, p. 603.
- obs. sur Cass. crim., 14 mai 2013, Rev. sc. crim., 2013, p. 576.

FRANCK (C.),

- note sous Cass. Ass. plén., 10 oct. 2001, J.C.P., 2002, II, 10024.
- note sous C.C., 23 juill. 1975, n°75-56 DC, J.C.P., 1975, II, 18200.

FRANSES-MAGRE (J.-J.), note sous Le Havre (trib. corr.), 4 déc. 1970, J.C.P., 1973, II, 17517.**FRICERO (N.),**

- obs. sur CEDH, 25 fév. 2003, *Ræmen et Schmit / Luxembourg*, D., 2003, somm. comm., p. 2271.
- note sous CEDH, 26 mai 2011, *Duval / France*, Procédures, 2011, comm. n°230.
- note sous CEDH, 27 oct. 2011, *Stojkovic / France et Belgique*, Procédures, 2011, comm. n°368.

FRYDMAN (P.), concl. sur CE, Ass., 17 fév. 1995, *Marie*, Rec., p. 84.**G. (C.),** obs. sur Cass. crim., 1^{er} sept. 2004, A.J. pénal, 2004, jurisp., p. 408.**G. (P.-L.),** note sous CA Aix, 28 juin 1978, Gaz. pal., 1979, jurisp., p. 79.**GACON (H.),**

- obs. sur Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 231.
- obs. sur Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 2006, A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 414.

GALLOIS (A.),

- obs. sur Cass. crim., 11 déc. 2013, Gaz. pal., 31 janv.-1^{er} fév. 2014, n°31 à 32, p. 19.
- note sous Cass. crim., 7 janv. 2014, J.C.P., 2014, 272.

GALLOIS (J.),

- obs. sur Cass. crim., 15 mars 2011, A.J. pénal, 2011, jurisp., p. 373.
- obs. sur Cass. crim., 8 oct. 2013, A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 83.

GARE (T.), note sous Cass. crim., 30 mars 1999, D., 2000, jurisp., p. 391.**GARNON (A. et R.),** note sous CEDH, 25 fév. 1993, *Funke / France*, J.C.P., 1993, II, 22073.**GAUMONT-PRAT (H.),** obs. sur CA Rennes (ch. acc.), 14 août 1997, D., 1998, somm., p. 160.**GENEVOIS (B.),** concl. sur CE, Ass., 26 sept. 1984 (*Lujambio Galdeano*), J.C.P., 1985, II, 20346.**GIACOPELLI (M.),** note sous CEDH, 17 déc. 2009, *M. / Allemagne*, J.C.P., 2010, Note, 334.**GIRAULT (C.),**

- obs. sur Cass. crim., 13 oct. 2009, A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 502.
- obs. sur Cass. crim., 12 mai 2009, A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 366.
- obs. sur Cass. crim., 3 mai 2007, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 329.
- obs. sur Cass. crim., 31 oct. 2006, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 36.
- obs. sur Cass. crim., 27 oct. 2009, A.J. pénal, 2010, jurisp., p. 37.
- obs. sur Cass. crim., 24 mai 2005, A.J. pénal, 2005, jurisp., p. 373.
- obs. sur Cass. crim., 14 mars 2006, A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 220.
- obs. sur Cass. crim., 12 nov. 2008, A.J. pénal, 2009, jurisp., p. 72.
- note sous Cass. crim., 11 sept. 2007, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 25.
- obs. sur Cass. crim., 6 sept. 2006, A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 509.
- obs. sur Cass. crim., 27 mai 2009, D., 2009, act. jurisp., p. 1697.
- obs. sur Cass. crim., 3 oct. 2006, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 35.
- obs. sur Cass. crim., 14 fév. 2006, A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 176.
- obs. sur Cass. crim., 6 janv. 2009, A.J. pénal, 2009, p. 177.
- obs. sur Cass. crim., 13 juin 2006, A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 411.
- obs. sur Cass. crim., 23 mai 2006, A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 367.
- obs. sur Cass. crim., 2 déc. 2009, D., 2010, p. 211.
- obs. sur Cass. crim., 2 mai 2007, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 329.
- obs. sur Cass. crim., 13 avril 2010, D., 2010, p. 1214.
- obs. sur Cass. crim., 23 oct. 2007, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 39.
- obs. sur Cass. crim., 18 janv. 2006, A.J. pénal, 2006, jurisp., p. 126.
- obs. sur Cass. crim., 13 déc. 2006, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 140.
- obs. sur Cass. crim., 11 mai 2011, D., 2011, p. 1421.
- obs. sur Cass. crim., 25 oct. 2011, D., 2011, p. 2731.

- obs. sur Cass. crim., 8 oct. 2013, A.J. pénal, 2013, jurispr., p. 681.
- GIUDICELLI (A.),**
 - obs. sur Cass. crim., 16 mars 2005, Rev. sc. crim., 2005, p. 598.
 - obs. sur Cass. crim., 12 déc. 2000, Rev. sc. crim., 2001, p. 610.
 - obs. sur Cass. crim., 15 déc. 2010 et Cass. crim., 18 janv. 2011, Rev. sc. crim., 2011, p. 142.
 - obs. sur Cass. crim., 31 mai 2011 (4 arrêts), Rev. sc. crim., 2011, p. 412.
 - obs. sur Cass. crim., 28 mars 2012, Rev. sc. crim., 2012, p. 617.
- GONZALEZ (G.),** obs. sur CEDH (Gr. ch.), 1^{er} juin 2010, *Gäfgen / Allemagne*, J.C.P., 2010, act., 701.
- GOUTTENOIRE (A.),**
 - obs. sur CE, 31 oct. 2008, *Section française de l'O.I.P.*, CEDH, 27 nov. 2008, *Salduz / Turquie* et CEDH, 4 déc. 2008, *S. et Marper / Royaume-Uni*, R.P.D.P., 2009, p. 705.
 - obs. sur Cass. crim., 3 avril 2007, R.P.D.P., 2008, p. 436.
 - obs. sur Cass. crim., 12 juin 2007, R.P.D.P., 2008, p. 436.
 - obs. sur CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz / Pologne*, R.P.D.P., 2010, p. 714.
- GUERIN (M.-C.),**
 - note sous Cass. crim., 27 oct. 2009, J.C.P., 2010, Note, 85.
 - obs. sur Cass. crim., 19 nov. 2013, R.P.D.P., 2014, chron., p. 168.
 - obs. sur Cass. crim., 6 nov. 2013, R.P.D.P., 2014, chron., p. 170.
 - obs. sur Cass. crim., 14 mai 2013, R.P.D.P., 2014, chron., p. 172.
- GUERIN (O.),** obs. sur Cass. ch. mixte, 7 juill. 2000, J.C.P., 2000, II, 10418.
- GUERY (C.),**
 - note sous CA Douai (ch. acc.), 17 juin 1997, D., 1997, jurispr., p. 593.
 - note sous Cass. crim., 27 fév. 1996, D., 1996, jurispr., p. 346.
 - note sous Cass. crim., 6 août 2008, D., 2008, p. 2836.
 - obs. sur Cass. crim., 14 fév. 2012, A.J. pénal, 2012, jurispr., p. 159.
 - note sous Cass. crim., 30 avril 2014, A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 353.
- GUIONIN,** concl. sur T.C., 10 déc. 1956 (affaire *Randon*), D., 1957, jurispr., p. 483.
- HAMON (L.) et LEAUTE (J.),** note sous C.C., 12 janv. 1977, n°76-75 DC, D., 1978, jurispr., p. 173.
- HAURIU (M.),**
 - note sous CE, 22 fév. 1918, *Cochet d'Hattcourt*, S., 1921, III, p. 9.
 - note sous CE, 3 fév. 1911 (*Anguet*), S., 1911, III, p. 137.
- HEBRAUD (P.),** obs. sur Cass. com., 21 juill. 1952, R.T.D.civ., 1952, p. 537.
- HENNION-JACQUET (P.),**
 - note sous CEDH, 31 mai 2005, *Vetter / France*, D., 2005, jurispr., p. 2575.
 - note sous Cass. crim., 14 oct. 2003, D., 2004, jurispr., p. 1265.
 - note sous CEDH, 10 juill. 2008, *Medvedyev et autres / France*, D., 2008, notes, p. 3055.
 - note sous CEDH (Gr. ch.), 29 mars 2010, *Medvedyev et autres / France*, D., 2010, p. 1390.
- HERZOG-EVANS (M.),**
 - note sous CE, 28 fév. 1996, *Fauqueux*, Petites affiches, 23 juin 1997, p. 16.
 - note sous CE, 30 juill. 2003, *Remli*, D., 2003, jurispr., p. 2331.
 - note sous CE, Ass., 14 déc. 2007, *Payet*, D., 2008, p. 820.
 - obs. sur CEDH, 9 juill. 2009, *Khider / France*, A.J. pénal, 2009, jurispr., p. 372.
 - obs. sur CEDH, 20 janv. 2011, *Payet / France*, A.J. pénal, 2011, jurispr., p. 88.
 - note sous Cass. crim., 15 mars 2006, A.J. pénal, 2006, jurispr., p. 267.
 - note sous Cass. crim., 10 avril 1996 et Cass. crim., 12 juin 1996, Petites affiches du 21 fév. 1997, p. 15.
 - obs. sur CA (ch. instr.) Aix-en-Provence, 20^{ème} ch., 16 oct. 2008, A.J. pénal, 2009, jurispr., p. 88.
 - obs. sur CEDH, 12 juin 2007, *Frérot / France*, A.J. pénal, 2007, p. 336.
 - obs. sur CAA Nancy, 2 mai 2013, D., 2014, pan., p. 1238.
- HUGUENEY (L.),** note sous Cass. crim., 15 avril 1937, S., 1938, I, p. 233.
- JEANDIDIER (W.),**
 - note sous Cass. crim., 24 fév. 1981 (2 arrêts), J.C.P., 1981, II, 19689.
 - note sous Cass. crim., 9 déc. 1981 et 9 mars 1983, D., 1983, jurispr., p. 352.

- note sous Cass. crim., 30 mai 1980, D., 1981, jurispr., p. 533.
- note sous Cass. crim., 10 nov. 1977, D., 1978, jurispr., p. 621.
- note sous Cass. crim., 17 mai 1984, D., 1984, jurispr., p. 536.
- note sous CE, Ass., 26 sept. 1984, J.C.P., 1985, II, 20346.
- note sous Cass. crim., 15 avril 1991, J.C.P., 1992, II, 21795.

JEHL (J.), obs. sur Cour suprême du Canada, jugement, 17 janv. 2014, 2014 CSC 3, *R. / MacDonald*, J.C.P., 2014, 178.

JEOL (M.),

- concl. sur Cass. Ass. plén., 1^{er} juill. 1994, D., 1994, jurispr., p. 445.
- concl. sur Cass. Ass. plén., 30 juin 1995, D., 1995, jurispr., p. 513.

JOUVE (B.), note sous CEDH, 26 juin 1991, *Letellier / France*, J.C.P., 1992, II, 21931.

JULIEN-LAFERRIERE (F.), note sous CE, 27 janv. 1995, *Mme Voss*, D., 1995, jurispr., p. 325.

KAYSER (P.) et RENOUX (T.), note sous Cass. Ass. plén., 24 nov. 1989, *Baribeau*, R.F.D.C., 1990, p. 139.

KOERING-JOULIN (R.),

- obs. sur CEDH, 9 fév. 1995, *Welch / Royaume-Uni*, Rev. sc. crim., 1996, p. 470.
- obs. sur CEDH, 8 juin 1995, *Jamil / France*, Rev. sc. crim., 1996, p. 471.
- obs. sur CEDH (Gr. ch.), 8 fév. 1996, *John Murray / Royaume-Uni*, Rev. sc. crim., 1997, p. 476.
- obs. sur CEDH (Gr. ch.), 17 déc. 1996, *Saunders / Royaume-Uni*, Rev. sc. crim., 1997, p. 478.
- obs. sur CEDH, 8 juin 1995, *Jamil / France*, Rev. sc. crim., 1996, p. 471.
- obs. sur CEDH, 23 nov. 1993, *Poitrimol / France*, Rev. sc. crim., 1994, p. 372.
- obs. sur CEDH, 9 juin 1998, *Tekin / Turquie*, Rev. sc. crim., 1999, p. 387.
- obs. sur CEDH, 19 fév. 1998, *Kaya / Turquie*, Rev. sc. crim., 1999, p. 385.
- obs. sur CEDH, 9 juin 1998, *Teixeira de Castro / Portugal*, Rev. sc. crim., 1999, p. 401.
- obs. sur CEDH, 27 sept. 1995, *Mc Cann et autres / Royaume-Uni*, Rev. sc. crim., 1996, p. 462.
- obs. sur CEDH, 28 oct. 1998, *Assenov et autres / Bulgarie*, Rev. sc. crim., 1999, p. 386.
- obs. sur CEDH, 26 nov. 1997, *Sakik et autres / Turquie*, Rev. sc. crim., 1998, p. 384.
- obs. sur CEDH (Gr. ch.), 26 mai 1993, *Brannigan et Mc Bride / Royaume-Uni*, Rev. sc. crim., 1994, p. 364.
- obs. sur CEDH, 26 fév. 1993, *Padovani / Italie*, Rev. sc. crim., 1994, p. 369.
- obs. sur CEDH, 24 fév. 1993, *Fey / Autriche*, Rev. sc. crim., 1994, p. 369.
- obs. sur CEDH, 22 fév. 1996, *Bulut / Autriche*, Rev. sc. crim., 1997, p. 473.
- obs. sur CEDH, 24 août 1993, *Nortier / Pays-Bas*, Rev. sc. crim., 1994, p. 370.
- obs. sur CEDH, 28 oct. 1998, *Castillo Algar / Espagne*, Rev. sc. crim., 1999, p. 403.

LABROUSSE (P.),

- obs. sur Cass. crim., 24 avril 2013 et Cass. crim., 27 nov. 2013, D., 2014, p. 323.
- obs. sur Cass. crim., 19 mars 2014, D., 2014, p. 1425.

LACROIX (C.), obs. sur Cass. crim., 12 sept. 2007, A.J. pénal, 2007, jurispr., p. 540.

LAFAY (F.), note sous C.C., 18 janv. 1995, n°94-352 DC, J.C.P., 1995, II, 22525.

LAFERRIERE (E.), concl. sur T.C., 5 mai 1877 (*Laumonier-Carriol*), Rec., p. 437.

LAMBERT (P.), note sous CEDH, 16 déc. 1992, *Niemietz / Allemagne*, R.T.D.H., 1993, p. 467.

LARGUIER (J.), note sous Cass. crim., 16 mars 1961, J.C.P., 1961, II, 12157.

LASSALLE (J.-Y.), note sous Cass. crim., 14 avril 1992, J.C.P., 1993, II, 22099.

LASSERRE-CAPDEVILLE (J.),

- obs. sur Cass. crim., 9 juill. 2008, A.J. pénal, 2008, jurispr., p. 424.
- obs. sur Cass. crim., 2 sept. 2009, A.J. pénal, 2009, jurispr., p. 452.
- obs. sur Cass. crim., 10 mars 2009, A.J. pénal, 2009, jurispr., p. 230.
- obs. sur Cass. crim., 10 fév. 2009, A.J. pénal, 2009, jurispr., p. 231.
- obs. sur Cass. crim., 4 nov. 2008, A.J. pénal, 2009, jurispr., p. 78.
- obs. sur Cass. crim., 20 mai 2008, A.J. pénal, 2008, jurispr., p. 378.
- obs. sur Cass. crim., 2 sept. 2009, A.J. pénal, 2009, jurispr., p. 501.
- obs. sur Cass. crim., 17 mars 2009, A.J. pénal, 2009, jurispr., p. 233.
- obs. sur Cass. crim., 24 juin 2009, A.J. pénal, 2009, jurispr., p. 413.
- obs. sur Cass. crim., 24 avril 2013, A.J. pénal, 2013, jurispr., p. 546.

- obs. sur Cass. crim., 21 août 2013, A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 35.
- obs. sur Cass. crim., 2 oct. 2013, A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 138.

LAVRIC (S.),

- obs. sur CEDH, 20 janv. 2011, *Payet / France*, D., 2011, act., p. 380.
- obs. sur Cass. crim., 25 sept. 2007, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 38.
- obs. sur CEDH, 2 sept. 2010, *Uzun / Allemagne*, D., 2010, p. 2161.
- obs. sur Cass. crim., 4 juin 2008, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 425.
- obs. sur Cass. crim., 29 janv. 2008, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 240.
- obs. sur CEDH (Gr. ch.), 29 mars 2010, *Medvedyev et autres / France*, D., 2010, p. 898.
- obs. sur Cass. crim., 26 juin 2007, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 487.
- obs. sur Cass. crim., 22 juill. 2009, D., 2009, act. jurisp., p. 2111.
- obs. sur Cass. crim., 18 mars 2008, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 241.
- obs. sur Cass. crim., 4 déc. 2007, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 95.
- obs. sur Cass. crim., 17 sept. 2008, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 467.
- obs. sur CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz / Pologne*, R.I.D.P., 2010, p. 338.
- obs. sur CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin / France*, D., 2010, p. 2776.
- obs. sur Cass. crim., 15 déc. 2010, D., 2011, p. 15.
- obs. sur Cass. crim., 5 mars 2014, A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 370.

LAVRIC (S.) et ROYER (G.), note sous Cass. crim., 15 sept. 2004, D., 2005, jurisp., p. 1138.

LEBLOIS-HAPPE (J.),

- obs. sur Cass. crim., 27 fév. 2008, A.J. pénal, 2008, p. 284.
- obs. sur Cass. crim., 3 avril 2007, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 428.
- obs. sur Cass. crim., 26 mars 2008, A.J. pénal, 2008, jurisp., p. 380.
- obs. sur Cass. crim., 13 oct. 2004, A.J. pénal, 2005, jurisp., p. 27.

LEBORGNE (A.), obs. sur CE, 10 fév. 2014, *Gecina*, D., 2014, pan., p. 1473.

LE CALVEZ (J.), note sous Cass. crim., 6 août 2003, D., 2003, jurisp., p. 2594.

LELIEUR (J.),

- obs. sur Cass. crim., 16 sept. 2009, A.J. pénal, 2010, jurisp., p. 84.
- obs. sur Cass. crim., 8 août 2007 (2 espèces) et Cass. crim., 26 sept. 2007, A.J. pénal, 2007, jurisp., p. 541.
- obs. sur Cass. crim., 15 oct. 2013, A.J. pénal, 2014, jurisp., p. 193.

LENA (M.),

- obs. sur Cass. crim., 16 fév. 2010, D., 2010, p. 711.
- obs. sur Cass. crim., 2 sept. 2009, D., 2009, p. 2348.
- obs. sur Cass. crim., 11 oct. 2011, D., 2011, p. 2732.
- obs. sur CEDH, 25 avril 2013, D., 2013, p. 1138.
- obs. sur CE, ord., 6 juin 2013, n°368816 et 368875 (2 arrêts), D., 2013, p. 1478.
- obs. sur la loi n°2014-896 du 15 août 2014, D., 2014, p. 1692.

LENNON (J.-L.),

- note sous Cass. crim., 1^{er} déc. 2004, D., 2005, jurisp., p. 1336.
- note sous Cass. crim., 4 janv. 2005, D., 2005, jurisp., p. 761.
- note sous Cass. crim., 8 déc. 2009, D., 2010, p. 1132.
- note sous Cass. crim., 13 avril 2005, D., 2005, jurisp., p. 2920.

LEPAGE (A.),

- obs. sur CEDH, 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres / France*, D., 2003, somm. comm., p. 1541.
- note sous C.C., Q.P.C., 10 nov. 2011, n°2011-192, J.C.P., 2012, 176.

LEPRIEUR (A.), obs. sur Cass. crim., 30 mars 2011, D., 2011, p. 1850.

LEROY (J.), note sous Cass. crim., 15 déc. 2010, J.C.P., 2011, 214.

LEVADE (A.),

- obs. sur Cass. crim., avis, 5 juin 2012, n°9002, J.C.P., 2012, 735.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 juill. 2012, n°11-30530, 11-19250 et 11-30371, J.C.P., 2012, 895.
- note sous C.C., Q.P.C., 14 juin 2013, n°2013-314, J.C.P., 2013, 842.

LEVASSEUR (G.), note sous T. corr. Chalon-sur-Saône, 17 fév. 1950, J.C.P., 1950, II, 5505.

LIET-VEAUX (G.), note sous CE, 27 juin 1952 et CE, 9 juillet 1952, Rev. adm., 1952, p. 384.

LOUIT (C.), obs. sur CA Paris (ord.), 4 fév. 2010, J.C.P., 2010, act., 228.

MAISTRE DU CHAMBON (P.),

- note sous Cass. crim., 20 fév. 2002, J.C.P., 2002, II, 10075.
- obs. sur Cass. crim., 16 janv. 2008, R.P.D.P., 2008, p. 861.
- obs. sur Cass. crim., 11 mai 2006, R.P.D.P., 2006, p. 859.
- obs. sur Cass. crim., 26 mars 2008, R.P.D.P., 2008, p. 865.

MALABAT (V.), note sous Cass. crim., 26 sept. 2007, J.C.P., 2007, II, 10192.

MARECHAL (J.-Y.),

- obs. sur Cass. crim., 14 fév. 2012, J.C.P., 2012, act., 242.
- obs. sur la loi n°2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, J.C.P., 2014, act., 649.

MARGUENAUD (J.-P.),

- obs. sur CEDH, 10 nov. 2011, *Plathey / France*, Rev. sc. crim., 2012, p. 263.
- obs. sur CEDH (Gr. ch.), 19 fév. 2009, *A. et autres / Royaume-Uni*, Rev. sc. crim., 2009, p. 672.
- obs. sur CEDH, 10 juill. 2008, *Medvedyev et autres / France*, Rev. sc. crim., 2009, p. 176.
- obs. sur CEDH, 15 déc. 2009, *Maiorano et autres / Italie*, Rev. sc. crim., 2010, p. 219.
- obs. sur CEDH (Gr. ch.), 29 mars 2010, *Medvedyev et autres / France*, Rev. sc. crim., 2010, p. 685.
- note sous CEDH, 3 oct. 2006, *McKay / Royaume-Uni*, in *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, P.U.F., *Thémis droit*, 6^{ème} éd., 2011, n°19, p. 213.
- obs. sur CEDH (Gr. ch.), 1^{er} juin 2010, *Gäfgen / Allemagne*, Rev. sc. crim., 2010, p. 678.
- obs. sur CEDH, 6 déc. 2012, *Michaud / France*, Rev. sc. crim., 2013, p. 160.
- obs. sur CEDH (Gr. ch.), 22 mai 2012, *Idalov / Russie*, Rev. sc. crim., 2012, p. 687.
- obs. sur CEDH, 7 mars 2013, *Ostendorf / Allemagne*, Rev. sc. crim., 2013, p. 653.

MARON (A.),

- note sous Cass. crim., 6 fév. 1996, Dr. pénal, 1996, comm. n°74.
- note sous CE, Ass., 14 déc. 2007, *Boussouar*, Dr. pénal, 2008, comm. n°25 (1^{ère} espèce).
- note sous Cass. crim., 5 mars 2002, Dr. pénal, 2002, comm. n°79 (3^{ème} arrêt).
- note sous Cass. crim., 11 janv. 2001, Dr. pénal, 2001, comm. n°107.
- note sous Cass. crim., 26 nov. 2003 et Cass. crim., 16 déc. 2003, Dr. pénal, 2004, comm. n°57.
- note sous Cass. crim., 8 sept. 2004, Dr. pénal, 2004, comm. n°185 (3^{ème} espèce).
- note sous Cass. crim., 4 mars 1998, Dr. pénal, 1998, comm. n°108 (2^{ème} arrêt).
- note sous Cass. crim., 28 juin 2000, Dr. pénal, 2001, comm. n°25 (1^{er} arrêt).
- note sous Cass. crim., 10 mai 2001, Dr. pénal, 2002, comm. n°11 (3^{ème} arrêt).
- note sous Cass. crim., 15 sept. 2004, Dr. pénal, 2004, comm. n°185 (4^{ème} arrêt).
- note sous Cass. crim., 4 janv. 2005, Dr. pénal, 2005, comm. n°49.
- obs. sur Cass. crim., 25 juill. 2001, J.C.P., 2002, I, 107.
- note sous Cass. crim., 25 oct. 2000, Dr. pénal, 2001, comm. n°25 (2^{ème} arrêt).
- note sous Cass. crim., 19 janv. 2000, J.C.P., 2002, I, 107.
- note sous Cass. crim., 18 oct. 2000, Dr. pénal, 2001, comm. n°13 (3^{ème} arrêt).
- note sous Cass. crim., 2 sept. 2004, Dr. pénal, 2004, comm. n°185 (1^{er} arrêt).
- note sous Cass. crim., 24 nov. 1998, Dr. pénal, 1999, comm. n°50.
- note sous Cass. crim., 1^{er} déc. 1998, Dr. pénal, 1999, comm. n°49.
- note sous Cass. crim., 7 sept. 2004, Dr. pénal, 2004, comm. n°185.
- note sous Cass. crim., 5 janv. 2005, Dr. pénal, 2005, comm. n°48.
- note sous Cass. crim., 2 mai 2007, Dr. pénal, 2007, comm. n°120.
- note sous Cass. crim., 23 nov. 1999 et Cass. crim., 15 fév. 2000, Dr. pénal, 2000, comm. n°82.
- note sous Cass. crim., 30 oct. 2006, Dr. pénal, 2007, comm. n°13.
- note sous Cass. crim., 10 mars 2004, Dr. pénal, 2004, comm. n°97.
- note sous Cass. crim., 17 mars 2004, Dr. pénal, 2004, comm. n°96.
- note sous CA Grenoble, 11 juin 1997, Dr. pénal, 1998, comm. n°27.
- note sous Cass. crim., 13 oct. 1998, Dr. pénal, 1999, comm. n°33.
- note sous Cass. crim., 9 sept. 1998, Dr. pénal, 1999, comm. n°16.

- note sous Cass. crim., 5 janv. 2005, Dr. pénal, 2005, comm. n°48.
- note sous Cass. crim., 1^{er} déc. 2004, Dr. pénal, 2005, comm. n°30.
- note sous Cass. Ass. plén., 10 oct. 2001, Dr. pénal, 2001, comm. n°144.
- note sous Cass. crim., 7 déc. 2004, Dr. pénal, 2005, comm. n°50.
- note sous CA Nancy (ch. instr.), 19 déc. 2002, Dr. pénal, 2003, comm. n°68.
- note sous Cass. crim., 23 oct. 2001, Dr. pénal, 2002, comm. n°11 (8^{ème} arrêt).
- note sous Cass. crim., 6 fév. 2002, Dr. pénal, 2002, comm. n°90.
- note sous Cass. crim., 19 janv. 2000, Dr. pénal, 2000, comm. n°81.
- note sous Cass. crim., 11 oct. 2000, Dr. pénal, 2001, comm. n°13 (2^{ème} arrêt).
- note sous Cass. crim., 14 oct. 1998, Dr. pénal, 1999, comm. n°30 (2^{ème} arrêt).
- note sous Cass. crim., 9 sept. 1998, Dr. pénal, 1999, comm. n°16.
- note sous Cass. crim., 11 janv. 2001, Dr. pénal, 2001, comm. n°107.
- note sous Cass. crim., 26 nov. 2003, Dr. pénal, 2004, comm. n°57 (1^{er} arrêt).
- note sous Cass. crim., 26 oct. 2005, Dr. pénal, 2006, comm. n°62.
- note sous Cass. crim., 15 sept. 2004, Dr. pénal, 2004, comm. n°185 (4^{ème} arrêt).
- note sous Cass. crim., 1^{er} avril 1998, Dr. pénal, 1998, comm. n°91.
- note sous CA Paris, 14 juin 1996, Dr. pénal, 1998, comm. n°139.
- note sous Cass. crim., 16 déc. 2003, Dr. pénal, 2004, comm. n°57 (2^{ème} arrêt).
- note sous Cass. crim., 15 déc. 1999, Dr. pénal, 2000, comm. n°50 (1^{er} arrêt).
- note sous Cass. crim., 26 fév. 2003, Dr. pénal, 2003, comm. n°92.
- note sous Cass. crim., 30 juin 1999, Dr. pénal, 1999, comm. n°156.
- note sous Cass. crim., 8 juin 2006, Dr. pénal, 2006, comm. n°115.
- note sous Cass. crim., 12 déc. 2000, Dr. pénal, 2001, comm. n°38.
- note sous Cass. crim., 15 fév. 2006, Dr. pénal, 2006, comm. n°116.
- note sous Cass. crim., 21 mars 2007, Dr. pénal, 2007, comm. n°91.
- note sous Cass. crim., 9 fév. 2000, Dr. pénal, 2000, comm. n°79.
- note sous Cass. crim., 25 nov. 2003, Dr. pénal, 2004, comm. n°42.
- note sous Cass. crim., 4 fév. 2004, Dr. pénal, 2004, comm. n°75.
- note sous Cass. crim., 2 déc. 1998, Dr. pénal, 1999, comm. n°136.
- note sous Cass. crim., 29 fév. 2000, Dr. pénal, 2000, comm. n°108 (1^{er} arrêt).
- note sous Cass. crim., 22 juin 2000, Dr. pénal, 2000, comm. n°108 (2^{ème} arrêt).
- note sous Cass. crim., 6 mars 2001, Dr. pénal, 2001, comm. n°80.
- note sous Cass. crim., 20 juin 2001, Dr. pénal, 2001, comm. n°135.
- note sous Cass. crim., 23 oct. 2001, Dr. pénal, 2002, comm. n°11 (8^{ème} arrêt).
- note sous Cass. crim., 2 mai 2001, Dr. pénal, 2002, comm. n°11 (2^{ème} arrêt).
- note sous Cass. crim., 2 sept. 2005, Dr. pénal, 2005, comm. n°165.
- note sous Cass. crim., 11 mai 2005, Dr. pénal, 2005, comm. n°134.
- note sous Cass. crim., 6 mai 2002, Dr. pénal, 2002, comm. n°130.
- note sous CA Paris, 7 janv. 1997, Dr. pénal, 1998, comm. n°140.
- note sous Cass. crim., 10 mai 2001, Dr. pénal, 2001, comm. n°120 (2^{ème} arrêt).
- note sous Cass. crim., 12 mai 1992, Dr. pénal, 1992, comm. n°243.
- note sous Cass. crim., 30 juin 1999, Dr. pénal, 2000, comm. n°11.
- note sous Cass. crim., 16 déc. 1997, Dr. pénal, 1998, comm. n°61.
- note sous Cass. crim., 5 déc. 2000, Dr. pénal, 2001, comm. n°81.
- note sous Cass. crim., 12 oct. 2005, Dr. pénal, 2006, comm. n°17.
- note sous Cass. crim., 19 mars 2002, Dr. pénal, 2002, comm. n°76.
- note sous Cass. crim., 21 juin 2006, Dr. pénal, 2006, comm. n°132.
- note sous Cass. crim., 3 avril 2007, Dr. pénal, 2007, comm. n°109.
- note sous Cass. crim., 22 janv. 2002, Dr. pénal, 2002, comm. n°63.
- note sous Cass. crim., 11 sept. 2007, Dr. pénal, 2007, comm. n°164.
- note sous CA Versailles, 12 nov. 1996, Dr. pénal, 1998, comm. n°12.
- note sous CA Grenoble, 12 mars 1997, Dr. pénal, 1998, comm. n°26.
- note sous Cass. crim., 23 janv. 1996, Dr. pénal, 1996, comm. n°115.
- note sous Cass. crim., 23 fév. 2000, Dr. pénal, 2000, comm. n°120.
- note sous Cass. crim., 19 sept. 2006, Dr. pénal, 2006, comm. n°164.

- note sous Cass. crim., 24 mai 2000, Dr. pénal, 2000, comm. n°133.
- note sous CA Paris, 7 oct. 1997, Dr. pénal, 1998, comm. n°138 (2^{ème} arrêt).
- note sous Cass. crim., 3 mai 2007, Dr. pénal, 2007, comm. n°147.
- note sous Cass. crim., 21 mai 2003, Dr. pénal, 2003, comm. n°116 (2^{ème} arrêt).
- note sous Cass. crim., 6 janv. 1998, Dr. pénal, 1998, comm. n°40.
- note sous Cass. crim., 3 déc. 1997, Dr. pénal, 1998, comm. n°58.

MARON (A.), BARBEROT (C.), note sous Cass. crim., 7 août 2002, Dr. pénal, 2003, comm. n°13.

MARON (A.), HAAS (M.),

- note sous Cass. crim., 20 fév. 2002, Dr. pénal, 2003, comm. n°27.
- note sous C.C., Q.P.C., 30 juill. 2010, n°2010-14/22, Dr. pénal, 2010, comm. n°113.
- note sous Cass. crim., 24 avril 2013, Dr. pénal, 2013, comm. n°117.
- note sous Cass. crim., 9 mai 2012, Dr. pénal, 2012, comm. n°111.
- note sous Cass. crim., 23 mai 2013, Dr. pénal, 2013, comm. n°117.
- note sous Cass. crim., 11 juill. 2012, Dr. pénal, 2012, comm. n°138.
- note sous Cass. crim., 15 fév. 2011, Dr. pénal, 2011, comm. n°56.
- note sous Cass. crim., 12 mai 2009, Dr. pénal, 2009, comm. n°116.
- note sous Cass. crim., 28 sept. 2010, Dr. pénal, 2010, comm. n°147.
- note sous CEDH, 9 juill. 2009, *Khider / France*, Dr. pénal, 2009, comm. n°129.
- note sous CE, 2^{ème} et 7^{ème} sous-sect., 19 janv. 2009, Dr. pénal, 2010, comm. n°54.
- note sous Cass. crim., 29 janv. 2003, Dr. pénal, 2003, comm. n°53.
- note sous Cass. crim., 22 nov. 2011, Dr. pénal, 2012, comm. n°12.
- note sous Cass. crim., 2 sept. 2009, Dr. pénal, 2009, comm. n°145.
- note sous Cass. crim., 15 janv. 2003, Dr. pénal, 2003, comm. n°54.
- note sous Cass. crim., 12 mars 2008, Dr. pénal, 2008, comm. n°75.
- note sous Cass. crim., 27 mai 2009, Dr. pénal, 2009, comm. n°114.
- note sous Cass. crim., 27 mars 2008, Dr. pénal, 2008, comm. n°117.
- note sous Cass. crim., 7 avril 2009, Dr. pénal, 2009, comm. n°115.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2009 (2 espèces), Dr. pénal, 2009, comm. n°74.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2010, Dr. pénal, 2010, comm. n°62.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 2009, Dr. pénal, 2010, comm. n°11.
- note sous Cass. crim., 26 mars 2008, Dr. pénal, 2008, comm. n°74.
- note sous Cass. crim., 13 nov. 2008, Dr. pénal, 2009, comm. n°43.
- note sous Cass. crim., 26 mars 2008, Dr. pénal, 2008, comm. n°119.
- note sous Cass. crim., 20 juin 2002, Dr. pénal, 2002, comm. n°141.
- note sous Cass. crim., 27 fév. 2008, Dr. pénal, 2008, comm. n°76.
- note sous Cass. crim., 2 sept. 2009 (2 espèces), Dr. pénal, 2009, comm. n°145.
- note sous Cass. crim., 22 juill. 2009, Dr. pénal, 2009, comm. n°130.
- note sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2010, Dr. pénal, 2010, comm. n°101.
- note sous Cass. crim., 3 juin 2008, Dr. pénal, 2008, comm. n°137.
- note sous Cass. crim., 4 janv. 2011, Dr. pénal, 2011, comm. n°27.
- note sous CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin / France* et Cass. crim., 15 déc. 2010, Dr. pénal, 2011, comm. n°26.
- note sous Cass. Ass. plén., 15 avril 2011 (4 arrêts), Dr. pénal, 2011, comm. n°84.
- note sous Cass. crim., 21 mars 2012, Dr. pénal, 2012, comm. n°78.
- note sous Cass. crim., 12 déc. 2012, Dr. pénal, 2013, comm. n°29 (1^{er} arrêt).
- note sous Cass. crim., 19 sept. 2012, Dr. pénal, 2012, comm. n°151.
- note sous C.C., Q.P.C., 17 fév. 2012, n°2011-223, Dr. pénal, 2012, comm. n°62.
- note sous Cass. crim., 5 mars 2013, Dr. pénal, 2013, comm. n°63.
- note sous Cass. crim., 21 sept. 2011, Dr. pénal, 2011, comm. n°160.
- note sous C.C., Q.P.C., 10 nov. 2011, n°2011-192, Dr. pénal, 2011, comm. n°158.
- note sous Cass. crim., 24 avril 2013, Dr. pénal, 2013, comm. n°99.
- note sous Cass. crim., 14 fév. 2012, Dr. pénal, 2012, comm. n°61.
- note sous Cass. crim., 11 déc. 2013, Dr. pénal, 2014, comm. n°31 (1^{er} arrêt).
- note sous Cass. crim., 18 déc. 2013, Dr. pénal, 2014, comm. n°31 (2^{ème} arrêt).
- note sous Cass. crim., 2 oct. 2013, Dr. pénal, 2013, comm. n°161.

- note sous Cass. crim., 22 oct. 2013 (2 arrêts), Dr. pénal, 2013, comm. n°177.
 - note sous Cass. crim., 7 janv. 2014, Dr. pénal, 2014, comm. n°32.
 - note sous Cass. crim., 9 juill. 2014, Dr. pénal, 2014, comm. n°120.
- MARTENS (P.)**, note sous CEDH, 22 fév. 1996, *Bulut / Autriche*, R.T.D.H., 1996, p. 627.
- MARTIN (R.)**,
- note sous Cass. crim., 30 juin 1999, J.C.P., 1999, II, 10177.
 - note sous Cass. crim., 18 janv. 2006, J.C.P., 2006, II, 10085.
- MASCALA (C.)**, obs. sur Cass. crim., 26 juin 2012, Rev. sc. crim., 2013, p. 83.
- MASSE (M.)**, obs. sur Cass. crim., 21 sept. 1999, Rev. sc. crim., 2001, p. 899.
- MASSIAS (F.)**,
- obs. sur CEDH, 2 juill. 2002, *Goktan / France*, Rev. sc. crim., 2003, p. 415.
 - obs. sur CEDH, 4 oct. 2005, *Shannon / Royaume-Uni*, Rev. sc. crim., 2006, p. 448.
 - obs. sur CEDH, 23 mai 2000, *Van Pelt / France*, D., 2001, jurisp., p. 429.
- MATHIEU (B.)**,
- obs. sur C.C., 18 janv. 1995, n°94-352 DC, Petites affiches, 7 juin 1995, p. 7.
 - note sous C.C., 27 juill. 1994, n°94-343/344 DC, D., 1995, jurisp., p. 237.
- MATHIEU (B.)**, **VERPEAUX (M.)**, obs. sur C.C., 20 janv. 1993, n°92-316 DC, Petites affiches, 2 juin 1993, p. 4.
- MATSOPOULOU (H.)**,
- note sous Cass. crim., 26 fév. 1997, J.C.P., 1997, II, 22865.
 - note sous Cass. crim., 22 avril 1992, D., 1995, jurisp., p. 59.
 - note sous CEDH, 2 sept. 2010, *Uzun / Allemagne*, D., 2011, p. 724.
 - note sous Cass. crim., 12 mai 2009, D., 2009, p. 2900.
 - obs. sur CEDH, 21 fév. 2008, *Ravon et autres / France*, Rev. sc. crim., 2008, p. 598.
 - note sous Cass. crim., 30 sept. 2008, D., 2008, p. 2975.
 - note sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 1999, D., 2000, jurisp., p. 398.
 - note sous CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan / Turquie*, Gaz. pal., 2009, jurisp., p. 3976.
 - note sous Cass. crim., 31 mai 2011, D., 2011, p. 2084.
 - note sous C.C., Q.P.C., 18 nov. 2011, n°2011-191/194/195/196/197, D., 2011, p. 3034.
 - note sous Cass. crim., 6 sept. 2006, J.C.P., 2007, II, 10081.
 - note sous Cass. crim., 14 fév. 2012, D., 2012, p. 779.
 - note sous Cass. crim., 22 oct. 2013 (2 arrêts), D., 2014, p. 115.
- MAURO (C.)**,
- obs. sur Cass. Ass. plén., 15 avril 2011 (4 arrêts), A.J. pénal, 2011, jurisp., p. 311.
 - note sous CJUE, 30 mai 2013, aff. C-168/13 PPU, J.C.P., 2013, 851.
- MAURY (J.)**, note sous Cass. crim., 8 juin 1971, D., 1971, jurisp., p. 594.
- MAYAUD (Y.)**,
- obs. sur Cass. crim., 21 fév. 2006, Rev. sc. crim., 2006, p. 604.
 - obs. sur Cass. crim., 10 fév. 2009, Rev. sc. crim., 2009, p. 373.
- MAYER (D.)**,
- note sous Cass. crim., 6 mars 1986, D., 1986, jurisp., p. 315.
 - note sous CA Paris, 12 déc. 1991, D., 1992, jurisp., p. 155.
 - note sous Cass. crim., 30 oct. 1990, D., 1991, jurisp., p. 292.
 - note sous Cass. crim., 19 mai 1981, D., 1981, jurisp., p. 544.
 - note sous Cass. crim., 19 sept. 1990, D., 1991, jurisp., p. 91.
- MAYER (D.)**, **CHASSAING (J.-F.)**, note sous Cass. crim., 12 déc. 2000, D., 2001, jurisp., p. 1340.
- MENABE (C.)**,
- obs. sur CEDH, 28 avril 2009, *Ersoy et Aslan / Turquie*, R.I.D.P., 2009, p. 619.
 - obs. sur CEDH, 31 juill. 2008, *Vasil Petrov / Bulgarie*, R.I.D.P., 2008, p. 472.
 - obs. sur CEDH, 16 fév. 2010, *Alkes / Turquie*, R.I.D.P., 2010, p. 336.
 - obs. sur CEDH, 25 mars 2010, *Angel Vaskov Angelov / Bulgarie*, R.I.D.P., 2010, p. 357.
 - obs. sur CEDH, 30 juin 2008, *Gäfgen / Allemagne*, R.I.D.P., 2008, p. 471.
 - obs. sur CEDH (Gr. ch.), 1^{er} juin 2010, *Gäfgen / Allemagne*, R.I.D.P., 2010, p. 652.
- MESA (R.)**, note sous Cass. crim., 30 avril 2014, Gaz. pal., 13-14 juin 2014, n°164 à 165, p. 17.

MICHALSKI (C.),

- obs. sur CEDH (déc. rec.), 3 nov. 2009, *Hartung / France*, R.I.D.P., 2010, p. 335.
- obs. sur CEDH, 24 janv. 2008, *Maslova et Nalbandov / Russie*, R.I.D.P., 2008, p. 217.
- obs. sur CEDH, 24 juill. 2008, *André et autre / France*, n°18603/03, R.I.D.P., 2008, p. 468, n°21.
- obs. sur CEDH, 17 juill. 2007, *Kucera / Slovaquie*, R.I.D.P., 2007, p. 260.
- obs. sur CEDH, 7 oct. 2008, *Bogumil / Portugal*, R.I.D.P., 2009, p. 351.

MILANO (L.),

- obs. sur CEDH (Gr. ch.), 28 sept. 2010, *Mangouras / Espagne*, J.C.P., 2010, act., 1063.
- note sous CEDH, 11 oct. 2012, *Abdelali / France*, J.C.P., 2012, 1425.
- obs. sur CEDH, 27 juin 2013, *Vassis et autres / France*, J.C.P., 2013, act., 843.
- obs. sur CEDH, 17 janv. 2012, *Othman / Royaume-Uni*, J.C.P., 2012, 141.

MODERNE (F.),

- obs. sur CE, Ass., 27 janvier 1984, *Caillol*, R.F.D.A., 1984, p. 187.
- note sous TA Grenoble, 15 mars 1978, *Gaz. pal.*, 1979, I, p. 102.
- note sous TA Nice, 15 oct. 1980, *Zitouni*, D., 1981, jurispr., p. 200.

MOLFESSIS (N.), obs. sur C.C., 16 déc. 1999, n°99-421 DC, R.T.D.civ., 2000, p. 186.

MORTET (L.),

- obs. sur CEDH, 10 juill. 2008, *Medvedyev et autres / France*, R.I.D.P., 2008, p. 459.
- obs. sur CEDH, 7 janv. 2010, *Rantsev / Chypre et Russie*, R.I.D.P., 2010, p. 326.
- obs. sur CEDH, 18 mars 2008, *Ladent / Pologne*, R.I.D.P., 2008, p. 206.
- obs. sur CEDH (Gr. ch.), 29 janv. 2008, *Saadi / Royaume-Uni*, R.I.D.P., 2008, p. 205 et 210.
- obs. sur CEDH, 6 juin 2008, *Nart / Turquie*, R.I.D.P., 2008, p. 466.
- obs. sur CEDH, 8 nov. 2007, *Lelièvre / Belgique*, R.I.D.P., 2008, p. 211.
- obs. sur CEDH, 26 mars 2009, *Krejcir / République Tchèque*, R.I.D.P., 2009, p. 344.
- obs. sur CEDH, 12 juin 2008, *Chtchebet / Russie*, R.I.D.P., 2008, p. 461.
- obs. sur CEDH, 19 juill. 2007, *Tus et autres / Turquie*, R.I.D.P., 2007, p. 256.
- obs. sur CEDH, 30 sept. 2008, *Mehmet Sahin et autres / Turquie*, R.I.D.P., 2008, p. 465.
- obs. sur CEDH, 3 fév. 2009, *Ipek et autres / Turquie*, R.I.D.P., 2009, p. 340.
- obs. sur CEDH, 24 avril 2008, *Rosengren / Roumanie*, R.I.D.P., 2008, p. 467.
- obs. sur CEDH, 21 oct. 2008, *Bessenyei / Hongrie*, R.I.D.P., 2009, p. 345.
- obs. sur CEDH, 8 janv. 2009, *Mangouras / Espagne*, R.I.D.P., 2009, p. 343.
- obs. sur CEDH, 31 juill. 2007, *Asan et autres / Turquie*, R.I.D.P., 2007, p. 255.
- obs. sur CEDH, 23 juin 2009, *Oral et Atabay / Turquie*, R.I.D.P., 2009, p. 618.
- obs. sur CEDH, 27 nov. 2008, *Solovei et Zozoulia / Ukraine*, R.I.D.P., 2009, p. 342.
- obs. sur CEDH, 13 oct. 2009, *Sagnak / Turquie*, R.I.D.P., 2010, p. 331.
- obs. sur CEDH (Gr. ch.), 9 juill. 2009, *Mooren / Allemagne*, R.I.D.P., 2009, p. 614.
- obs. sur CEDH, 29 oct. 2009, *Shuvaev / Grèce*, R.I.D.P., 2010, p. 332.
- obs. sur CEDH (Gr. ch.), 28 sept. 2010, *Mangouras / Espagne*, R.I.D.P., 2010, p. 644.
- obs. sur CEDH, 13 juill. 2010, *Tendam / Espagne*, R.I.D.P., 2010, p. 646.

M. R. M. P.,

- note sous Cass. crim., 3 mars, 24 nov. et 27 déc. 1960, D., 1961, jurispr., p. 169.
- note sous Cass. crim., 6 janv. 1961, D., 1961, jurispr., p. 581.

NAST (M.), CA Paris, 28 juill. 1925, D., 1926, II, p. 49.

NICOT (S.), obs. sur C.C., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, R.F.D.C., 2004, p. 347.

NORD-WAGNER (M.),

- note sous Cass. crim., 26 fév. 2008, A.J. pénal, 2008, jurispr., p. 228.
- obs. sur Cass. crim., 21 mai 2008, A.J. pénal, 2008, jurispr., p. 423.

PASTRE-BELDA (B.), obs. sur CEDH, 17 avril 2014, *Guerdner et autres / France*, J.C.P., 2014, 562.

PATIN (M.),

- obs. sur Cass. crim., 26 juin 1958, Rev. sc. crim., 1959, p. 145, n°6.
- rapp. sur Cass. crim., 22 janv. 1953 (affaire *Randon et autres*), D., 1953, jurispr., p. 109.
- rapp. sur Cass. crim., 18 fév. 1954, J.C.P., 1954, II, 8036.

PECHILLON (E.), note sous CE, 12 mars 2003, *Frérot*, D., 2003, jurispr., p. 1585.

PELTIER (V.), note sous Cass. crim., 14 avril 1999, J.C.P., 2000, II, 10312.

PEREIRA (B.), obs. sur CEDH, 3 mai 2001, *J.B. / Suisse*, R.P.D.P., 2001, p. 542.

PERRIER (J.-B.),

- obs. sur Cass. crim., 2 sept. 2010, A.J. pénal, 2010, jurispr., p. 556.
- obs. sur C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, n°2010-62, A.J. pénal, 2011, jurispr., p. 136.
- obs. sur Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 2010, A.J. pénal, 2010, jurispr., p. 407.
- obs. sur Cass. crim., 14 mai 2013, A.J. pénal, 2013, jurispr., p. 548.
- obs. sur Cass. crim., 5 mars 2013, A.J. pénal, 2013, jurispr., p. 479.
- obs. sur Cass. crim., 25 juin 2013, A.J. pénal, 2013, jurispr., p. 682.
- obs. sur Cass. crim., 8 oct. 2013, A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 43.
- obs. sur Cass. crim., 22 janv. 2014, A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 142.
- obs. sur Cass. crim., 5 fév. 2014 (2 arrêts), A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 306.
- obs. sur la loi n°2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation, *Rev. sc. crim.*, 2014, chron., p. 399.
- obs. sur le décret n°2013-958 du 25 octobre 2013 portant application des dispositions de l'article préliminaire et de l'article 803-5 du C.P.P., et sur la circulaire du 31 octobre 2013 relative à la présentation des dispositions de la loi n°2013-711 du 5 août 2013 et du décret n°2013-958 du 25 octobre 2013 relatives à la mise en œuvre du droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, *Rev. sc. crim.*, 2014, chron., p. 402.
- obs. sur la loi n°2013-869 du 27 septembre 2013 modifiant certaines dispositions issues de la loi n°2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, *Rev. sc. crim.*, 2014, chron., p. 406.

PERROT (R.),

- note sous CE, 10 fév. 2014, *Gecina*, Procédures, 2014, comm. n°202.
- obs. sur Cass. soc., 24 mai 1995, R.T.D.civ., 1995, p. 958.
- obs. sur CA Paris, 17 avril 1975 et TGI Nice, ord., 28 avril et 18 sept. 1975, R.T.D.civ., 1976, p. 392.

PETTITI (L.-E.),

- obs. sur CEDH, 27 août 1992, *Tomasi / France*, *Rev. sc. crim.*, 1993, p. 142.
- obs. sur CEDH, 23 nov. 1993, *Poitrinol / France*, *Rev. sc. crim.*, 1994, p. 370.
- obs. sur CEDH, 30 mars 1989, *Lamy / Belgique*, *Rev. sc. crim.*, 1989, p. 556.

PETTITI (L.-E.), **TEITGEN (F.)**, obs. sur CEDH, 12 juill. 1988, *Schenk / Suisse*, *Rev. sc. crim.*, 1988, p. 840.

PICOD (F.), obs. sur CJUE, 14 sept. 2010, *Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals / Commission*, J.C.P., 2010, act., 954.

PIN (X.), note sous Cass. crim., 11 mai 2011, J.C.P., 2011, 819.

PITOUN (A.), obs. sur Cass. civ. 2^{ème}, 19 fév. 2004, A.J. pénal, 2004, jurispr., p. 160.

POISSONNIER (G.),

- note sous Cass. crim., 16 sept. 2009, D., 2010, notes, p. 631.
- note sous Cass. crim., 29 avril 2009, D., 2010, notes, p. 187.

POPESCU (C.-L.), obs. sur CEDH (Gr. ch.), 24 mars 2011, *Giuliani et Gaggio / Italie*, R.P.D.P., 2011, p. 447.

PORTERON (C.),

- obs. sur CEDH, 21 janv. 2010, *Xavier Da Silveira / France*, A.J. pénal, 2010, jurispr., p. 233.
- note sous Cass. crim., 19 déc. 2006, A.J. pénal, 2007, jurispr., p. 127.
- obs. sur Cass. crim., 17 déc. 2013 (2 espèces), A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 139.

POTASZKIN (T.),

- note sous Cass. crim., 27 sept. 2011, D., 2012, p. 263.
- note sous Cass. crim., 23 janv. 2013, D., 2013, p. 1045.

PRADEL (J.),

- note sous Cass. crim., 6 fév. 1996, D., 1996, jurispr., p. 198.
- note sous Cass. crim., 21 fév. 1968, D., 1968, jurispr., p. 691.
- obs. sur Cass. crim., 30 juin 1999, D., 1999, somm. comm., p. 326.
- note sous CEDH, 29 mars 2005, *Matheron / France*, D., 2005, jurispr., p. 1755.

- note sous Cass. crim., 1^{er} mars 2006, D., 2006, jurisp., p. 1504.
 - obs. sur Cass. crim., 16 juill. 1997, D., 1998, somm. comm., p. 170.
 - note sous Cass. crim., 26 mai 2010, D., 2010, p. 2558.
 - obs. sur Cass. crim., 14 sept. 2004, D., 2005, pan., p. 687.
 - note sous TGI Paris, 24 janv. 1985, D., 1985, jurisp., p. 498.
 - obs. sur Cass. crim., 17 sept. 1996, D., 1997, somm., p. 144.
 - obs. sur Cass. crim., 15 fév. 2011, D., 2011, pan., p. 2235.
 - obs. sur Cass. crim., 23 fév. 2011, D., 2011, pan., p. 2236.
 - obs. sur Cass. crim., 26 fév. 2003, D., 2003, somm. comm., p. 1728.
 - note sous CA Rennes, 27 nov. 1990, D., 1991, jurisp., p. 318.
 - obs. sur Cass. crim., 12 oct. 2010, D., 2011, pan., p. 2235.
 - obs. sur Cass. crim., 7 déc. 2005, D., 2006, pan., p. 621.
 - obs. sur Cass. crim., 10 fév. 2009, D., 2009, pan., p. 2240.
 - obs. sur Cass. crim., 30 sept. 2008, D., 2009, pan., p. 2239.
 - obs. sur Cass. crim., 4 mai 1988, D., 1988, somm. comm., p. 357.
 - obs. sur CA Caen (ch. acc.), 28 fév. 1990, D., 1990, somm., p. 378.
 - obs. sur C.C., Q.P.C., 30 juill. 2010, n°2010-14/22, D., 2010, pan., p. 2259.
 - obs. sur Cass. crim., 4 nov. 2008, D., 2009, pan., p. 2242.
 - obs. sur Cass. crim., 9 juill. 2003, D., 2004, somm. comm., p. 669.
 - obs. sur Cass. crim., 13 fév. 1996, D., 1996, somm. comm., p. 260.
 - obs. sur Cass. crim., 1^{er} oct. 2003, D., 2004, somm. comm., p. 671.
 - note sous Cass. crim., 7 avril 1993, D., 1993, jurisp., p. 553.
 - obs. sur Cass. crim., 27 oct. 2004, D., 2005, pan., p. 684.
 - obs. sur Cass. crim., 8 déc. 2009, D., 2010, pan., p. 2261.
 - note sous Cass. crim., 6 nov. 1986 (affaire *Sainte-Marie*) et Cass. crim., 6 nov. 1986 (affaire *Eschbach*), D., 1987, jurisp., p. 237.
 - note sous CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin / France* et Cass. crim., 15 déc. 2010, D., 2011, p. 338.
 - note sous Cass. crim., 31 mai 2011, J.C.P., 2011, 756.
 - note sous Cass. crim., 14 fév. 2012, J.C.P., 2012, 485.
 - obs. sur Cass. crim., 14 mai 2014 et Cass. crim., 27 mai 2014, D., 2014, pan., p. 1742.
 - obs. sur Cass. crim., 5 mars 2014, D., 2014, pan., p. 1743.
- PRIOU-ALIBERT (L.)**, obs. sur C.C., Q.P.C., 22 sept. 2010, n°2010-31, D., 2010, act., p. 2162.
- PUECH (M.)**, obs. sur Cass. crim., 1^{er} oct. 1979, D., 1980, I.R., p. 334.
- PUIGELIER (C.)**, note sous Cass. crim., 12 déc. 2000, J.C.P., 2001, II, 10495.
- R. (J.-A.)**, note sous Cass. crim., 12 mai 1934, S., 1935, I, p. 113.
- R. (J.-M.)**, note sous Cass. crim., 11 janv. 1961, D., 1961, jurisp., p. 196.
- R. (P.)**, obs. sur Cass. crim., 9 déc. 2003, A.J. pénal, 2004, jurisp., p. 73.
- RABUT (G.)**, obs. sur CA Agen (ch. appels corr.), 13 mars 2014, J.C.P., 2014, 830.
- RASSAT (M.-L.)**,
- note sous Cass. crim., 27 fév. 1996, J.C.P., 1996, II, 22629.
 - note sous Cass. crim., 6 avril 1993, J.C.P., 1993, II, 22144.
 - note sous Cass. crim., 27 fév. 1996 (affaire *Schuller-Maréchal*), J.C.P., 1996, II, 22629.
- RAUCH (B.)**, obs. sur CEDH, 6 oct. 2009, *Soyhan / Turquie*, R.I.D.P., 2010, p. 343.
- REBUT (D.)**,
- note sous Cass. crim., 26 nov. 1997, D., 1998, jurisp., p. 495.
 - note sous Cass. crim., 19 janv. 1999, J.C.P., 1999, II, 10156.
 - obs. sur Cass. crim., 1^{er} avril 1998, R.G.D.P., 1999, p. 90.
 - obs. sur Cass. crim., 13 fév. 1996, *Justices*, 1997, n°5, p. 309.
 - obs. sur Cass. crim., 13 fév. 1996, *Justices*, 1997, n°5, p. 314.
 - note sous Cass. crim., 21 janv. 2003, D., 2003, jurisp., p. 1521.
 - obs. sur Cass. crim., 16 déc. 1997, R.G.D.P., 1998, p. 327.
- REMILLIEUX (P.)**, obs. sur CA Toulouse (3^{ème} ch.), 1^{er} déc. 2004, A.J. pénal, 2005, jurisp., p. 118.
- RENAUD-DUPARC (C.)**, obs. sur Cass. crim., 18 janv. 2011, A.J. pénal, 2011, jurisp., p. 195.
- RENOUX (T.-S.)**,
- note sous C.C., 11 août 1993, n°93-326 DC, R.F.D.C., 1993, p. 848.

- obs. sur C.C., 27 déc. 1990, n°90-281 DC, R.F.D.C., 1991, p. 118.

RENUCCI (J.-F.),

- obs. sur CEDH, 16 déc. 1992, *Niemietz / Allemagne*, D., 1993, somm., p. 386.
- obs. sur CEDH, 1^{er} sept. 2009, *Jacquier / France*, D., 2009, pan., p. 2774, n°4.
- obs. sur Cass. crim., 20 janv. 2009, Rev. sc. crim., 2009, p. 922.
- obs. sur Cass. crim., 26 fév. 2003, Rev. sc. crim., 2003, p. 883.
- obs. sur CEDH, 2 sept. 2010, *Rumpf / Allemagne*, D., 2011, pan., p. 195, n°5.
- note sous CEDH, 10 juill. 2008, *Medvedyev et autres / France*, D., 2009, p. 600.
- obs. sur Cass. crim., 11 juin 2002, Rev. sc. crim., 2002, p. 879.
- note sous CEDH (Gr. ch.), 29 mars 2010, *Medvedyev et autres / France*, D., 2010, p. 1386.
- obs. sur Cass. crim., 24 fév. 2009, Rev. sc. crim., 2009, p. 923.
- note sous CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco / France*, D., 2010, p. 2950.
- note sous CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan / Turquie*, D., 2009, p. 2897.
- obs. sur CEDH, 16 déc. 1992, *Sainte-Marie / France*, D., 1993, somm. comm., p. 384.
- obs. sur CEDH, 24 août 1993, *Nortier / Pays-Bas*, D., 1995 somm. comm., p. 105.
- note sous CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin / France*, D., 2011, p. 277.
- obs. sur Cass. crim., 7 juin 2011, Rev. sc. crim., 2011, p. 902.
- obs. sur Cass. crim., 28 mars 2012, Rev. sc. crim., 2012, p. 929.
- obs. sur Cass. crim., 20 juin 2012, Rev. sc. crim., 2012, p. 927.
- obs. sur CEDH, *Vassis et autres / France*, R.P.D.P., 2013, p. 705.

RIBEYRE (C.),

- obs. sur Cass. crim., 18 janv. 2011, R.P.D.P., 2011, p. 393.
- obs. sur Cass. Ass. plén., 15 avril 2011 (4 arrêts), R.P.D.P., 2011, p. 386.
- obs. sur Cass. crim., 5 mars 2013, R.P.D.P., 2013, p. 355.
- obs. sur Cass. crim., 3 avril 2013 (2 arrêts), R.P.D.P., 2013, p. 359.
- obs. sur Cass. crim., 23 janv. 2013, R.P.D.P., 2013, p. 362.
- obs. sur Cass. crim., 14 fév. 2012, R.P.D.P., 2012, p. 379.
- obs. sur C.C., Q.P.C., 17 fév. 2012, n°2011-223 ; C.C., Q.P.C., 6 avril 2012, n°2012-228/229 ; Directive du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, R.P.D.P., 2012, p. 384.
- obs. sur Cass. crim., 5 nov. 2013, R.P.D.P., 2014, p. 351.

RIVERO (J.),

- note sous C.C., 12 janv. 1977, n°76-75 DC, A.J.D.A., 1978, p. 215.
- note sous T.C., 9 juill. 1953 (3 arrêts : *Nardon et autres, dame Bernadas et Delaître*), J.C.P., 1953, II, 7797.

ROBERT (E.), concl. sur Cass. Ass. plén., 24 nov. 1989, Rapport de la Cour de cassation, 1989, p. 143.

ROBERT (J.), note sous Cass. crim., 21 août 1971, J.C.P., 1971 II, 16945.

ROBERT (J.-H.),

- note sous Cass. crim., 6 sept. 2000, Dr. pénal, 2001, comm. n°19.
- note sous Cass. crim., 6 nov. 2012, Dr. pénal, 2013, comm. n°8.
- note sous Cass. crim., 22 fév. 1996, Dr. pénal, 1996, comm. n°130.
- note sous Cass. crim., 27 nov. 2013, Dr. pénal, 2014, comm. n°29.
- note sous C.C., Q.P.C., 4 avril 2014, n°2014-387, Dr. pénal, 2014, comm. n°96.

ROBERT (J.-M.), note sous Cass. crim., 18 mars 1976, D., 1976, jurisp., p. 548.

ROETS (D.),

- obs. sur CEDH (Gr. ch.), 12 fév. 2008, *Kafkaris / Chypre*, Rev. sc. crim., 2008, p. 700.
- obs. sur CEDH, 17 déc. 2009, *M. / Allemagne*, Rev. sc. crim., 2010, p. 228 et p. 236.
- note sous CEDH, 20 déc. 2005, *Wisse / France*, D., 2006, jurisp., p. 764.
- obs. sur CEDH, 21 janv. 2010, *Xavier Da Silveira / France*, Rev. sc. crim., 2010, p. 702.
- note sous CEDH, 27 nov. 2003, *Hénaf / France*, D., 2004, jurisp., p. 1196.
- obs. sur CEDH, 12 juin 2007, *Frérot / France*, Rev. sc. crim., 2008, p. 148.
- obs. sur CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan / Turquie*, Rev. sc. crim., 2010, p. 231.
- obs. sur CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz / Pologne*, Rev. sc. crim., 2010, p. 687.
- obs. sur CEDH, 22 avril 2010, *Chesne / France*, Rev. sc. crim., 2010, p. 690.

- obs. sur CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin / France*, Rev. sc. crim., 2011, p. 208.
- obs. sur CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco / France*, Rev. sc. crim., 2011, p. 211.
- obs. sur CEDH, 2 sept. 2010, *Uzun / Allemagne*, Rev. sc. crim., 2011, p. 217.
- obs. sur CEDH, 11 oct. 2012, *Abdelali / France*, Rev. sc. crim., 2013, p. 155.
- obs. sur CEDH, 27 juin 2013, *Vassis et autres / France*, Rev. sc. crim., 2013, p. 656.
- obs. sur CEDH, 15 oct. 2013, *Gutsanovi / Bulgarie*, Rev. sc. crim., 2014, p. 163 et p. 169.

ROGER (M.), note sous Cass. crim., 4 janv. 1983, D., 1983, jurispr., p. 562.

ROMIEU, concl. sur T.C., 2 déc. 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, S., 1904, III, p. 17.

ROUJOU DE BOUBEE (G.),

- obs. sous Cass. crim., 28 avril 1981, D., 1983, I.R., p. 75.
- note sous Cass. crim., 5 janv. 1973, D., 1973, jurispr., p. 541.
- note sous CA Paris (pôle 7, ch. 5), 9 fév. 2010, D., 2010, p. 868.

ROUSSEL (G.),

- obs. sur Cass. crim., 12 fév. 2008, A.J. pénal, 2008, jurispr., p. 244.
- obs. sur Cass. crim., 20 mai 2008, A.J. pénal, 2008, jurispr., p. 327.
- obs. sur Cass. crim., 9 janv. 2007, A.J. pénal, 2007, jurispr., p. 137.
- obs. sur Cass. crim., 13 fév. 2007, A.J. pénal, 2007, jurispr., p. 227.
- obs. sur Cass. crim., 24 janv. 2007, A.J. pénal, 2007, jurispr., p. 143.
- obs. sur Cass. crim., 13 avril 2010, A.J. pénal, 2010, jurispr., p. 450.
- obs. sur Cass. crim., 22 juill. 2009, A.J. pénal, 2009, jurispr., p. 417.
- obs. sur Cass. crim., 31 mai 2007, A.J. pénal, 2007, jurispr., p. 385.
- obs. sur Cass. crim., 14 mai 2008, A.J. pénal, 2008, jurispr., p. 328.
- obs. sur Cass. crim., 30 oct. 2013, A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 86.
- obs. sur C.C., Q.P.C., 29 nov. 2013, n°2013-357, A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 84.
- obs. sur CEDH, 17 avril 2014, *Guerdner et autres / France*, A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 359.

ROUX (J.-A.), note sous CA Paris, 7 déc. 1898, S., 1901, II, p. 305.

ROUX-DEMARE (F.-X.), obs. sur la loi n°2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, R.P.D.P., 2014, chron., p. 475.

ROYER (G.),

- obs. sur Cass. crim., 3 avril 2007, A.J. pénal, 2007, jurispr., p. 285.
- obs. sur Cass. crim., 20 mars 2007, A.J. pénal, 2007, jurispr., p. 231.
- obs. sur Cass. crim., 3 avril 2007, A.J. pénal, 2007, jurispr., p. 287.
- obs. sur Cass. crim., 26 mars 2008, A.J. pénal, 2008, jurispr., p. 286.
- obs. sur Cass. crim., 30 oct. 2007, A.J. pénal, 2008, jurispr., p. 94.
- obs. sur Cass. crim., 28 avril 2009, A.J. pénal, 2009, jurispr., p. 269.
- obs. sur Cass. crim., 13 avril 2010, A.J. pénal, 2010, jurispr., p. 404.
- obs. sur Cass. crim., 18 déc. 2007, A.J. pénal, 2008, jurispr., p. 142.
- obs. sur Cass. civ. 1^{ère}, 10 juill. 2013, A.J. pénal, 2013, jurispr., p. 619.
- obs. sur Cass. crim., 17 déc. 2013, A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 304.
- obs. sur Cass. crim., 11 fév. 2014, A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 369.

SAAS (C.),

- obs. sur Cass. crim., 17 janv. 2006, A.J. pénal, 2006, p. 178.
- obs. sur Cass. crim., 8 août 2007, A.J. pénal, 2007, jurispr., p. 492.
- obs. sur Cass. crim., 11 juill. 2007, A.J. pénal, 2007, jurispr., p. 486.
- obs. sur Cass. crim., 22 nov. 2005, A.J. pénal, 2006, jurispr., p. 86.
- obs. sur Cass. crim., 7 juin 2006, A.J. pénal, 2006, jurispr., p. 410.
- obs. sur CEDH, 10 juill. 2008, *Medvedyev et autres / France*, A.J. pénal, 2008, jurispr., p. 469.
- obs. sur Cass. crim., 26 mars 2008, A.J. pénal, 2008, jurispr., p. 286.
- obs. sur Cass. crim., 9 août 2006, A.J. pénal, 2006, jurispr., p. 510.
- note sous CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan / Turquie*, A.J. pénal, 2010, jurispr., p. 27.
- obs. sur Cass. crim., 16 mai 2007, A.J. pénal, 2007, jurispr., p. 386.
- obs. sur Cass. civ. 1^{ère}, 10 juill. 2013, A.J. pénal, 2013, jurispr., p. 550.

SAINT-PAU (J.-C.), note sous Cass. crim., 14 fév. 2006, D., 2007, jurispr., p. 1184.

SAINTE-ROSE (J.), concl. sur T.C., 19 oct. 1998 (*Préfet du Tarn / CA Toulouse*), J.C.P., 1999, II, 10225.

SALVAT (X.),

- obs. sur Cass. crim., 31 janv. 2012, Rev. sc. crim., 2012, p. 401.
- obs. sur Cass. crim., 29 fév. 2012 et Cass. crim., 3 oct. 2012, Rev. sc. crim., 2012, p. 879.
- obs. sur Cass. crim., 25 juin 2013, Rev. sc. crim., 2013, p. 837.
- obs. sur C.C., Q.P.C., 18 juin 2012, n°2012-257, Cass. crim., 3 avril 2013 et Cass. crim., 27 nov. 2013, Rev. sc. crim., 2013, chron., p. 842.
- obs. sur Cass. crim., 25 fév. 2014, Rev. sc. crim., 2014, p. 369.

SANCHEZ (M.), note sous Cass. crim., 1^{er} oct. 2003, D., 2004, jurispr., p. 1845.

SARGOS (P.), rapp. sur Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1986, *Consorts Pourcel*, J.C.P., 1986, II, 20683.

SCHMELCK (R.), concl. sur T.C., 15 janv. 1968 (affaire *Tayeb*), D., 1968, jurispr., p. 417.

SCHOETTL (J.-E.), note sous C.C., 23 juill. 1999, n°99-416 DC, A.J.D.A., 1999, p. 700.

SCHRAMECK (O.), obs. sur C.C., 9 avril 1996, n°96-373 DC, A.J.D.A., 1996, doct., p. 371.

STOFAS (I.), obs. sur CEDH, 2 avril 2009, *Kallergis / Grèce* et CEDH, 16 avril 2009, *Karavelatzis / Grèce*, R.I.D.P., 2009, p. 621.

SUDRE (F.),

- note sous CEDH (Gr. ch.), 28 juill. 1999, *Selmouni / France*, J.C.P., 1999, II, 10193.
- note sous CEDH (Gr. ch.), 29 mars 2010, *Medvedyev et autres / France*, J.C.P., 2010, 454.
- obs. sur CEDH, 6 janv. 2010, *Vera Fernandez-Huidobro / Espagne*, J.C.P., 2010, act., 130.
- obs. sur CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin / France*, J.C.P., 2010, act., 1206.
- obs. sur CEDH (déc.), 28 août 2012, *Simons / Belgique*, J.C.P., 2012, act., 1082.
- obs. sur CEDH, 24 juill. 2014, *Al Nashiri / Pologne*, J.C.P., 2014, act., 929.

TEITGEN (F.), obs. sur CEDH, 29 fév. 1988, *Bouamar / Belgique*, Rev. sc. crim., 1988, p. 577.

TELLIER-CAYROL (V.), note sous C.C., Q.P.C., 17 déc. 2010, n°2010-81, J.C.P., 2011, Note, 144.

THIERRY (J.-B.), note sous CEDH, 9 oct. 2007, *Saoud / France*, J.C.P., 2008, II, 10012.

THOMAS (D.),

- obs. sur CEDH, 23 sept. 1998, *I. A. / France*, R.D.P., 1999, p. 864.
- obs. sur CEDH, 9 nov. 1999, *Debboub alias Husseini Ali / France*, R.D.P., 2000, p. 707.
- obs. sur CEDH, 28 sept. 1999, *Civet / France*, R.D.P., 2000, p. 705.

TOUZEIL-DIVINA (M.), obs. sur CE, 21 mai 2014, J.C.P., 2014, act., 662.

TRUCHET (D.), note sous CE, 9 juin 1978, *Sieur Spire*, A.J.D.A., 1979, jurispr., p. 92.

V. (R.), note sous Trib. corr. Seine, 17^{ème} ch., 23 fév. 1949, J.C.P., 1949, II, 4786.

VAN COMPERNOLLE (J.), note sous CEDH, 24 août 1993, *Nortier / Pays-Bas*, R.T.D.H., 1994, p. 429.

VARINARD (A.), obs. sur la loi du 5 août 2013 et le décret du 25 oct. 2013, R.P.D.P., 2014, chron., p. 225.

VEDEL (G.),

- note sous CA Douai, 3 janv. 1962 et T. civ. Lyon, 20 nov. 1961, *Baud*, J.C.P., 1962, II, 12560.
- note sous T.C., 27 nov. 1952 (*Préfet de la Guyane*), Rec., p. 642 ; J.C.P., 1953, II, 7598.

VERGES (E.),

- note sous Cass. crim., 11 mai 2006, A.J. pénal, 2006, jurispr., p. 354.
- obs. sur CEDH, 26 juill. 2007, *Walchli / France*, R.P.D.P., 2007, p. 893.
- obs. sur Cass. crim., 27 oct. 2004, R.P.D.P., 2005, p. 232.
- obs. sur Cass. crim., 9 nov. 2011, R.P.D.P., 2011, p. 885.
- note sous Cass. crim., 7 janv. 2014, D., 2014, p. 407.

VERNY (E.),

- obs. sur Cass. crim., 28 mars 2006, R.P.D.P., 2006, p. 613.
- obs. sur Cass. crim., 7 fév. 2007, R.P.D.P., 2007, p. 673.
- obs. sur C.C., Q.P.C., 30 juill. 2010, n°2010-14/22, R.P.D.P., 2010, p. 649.
- obs. sur Cass. crim., 13 fév. 2008 et Cass. crim., 27 fév. 2008, R.P.D.P., 2008, p. 617.
- obs. sur Cass. crim., 26 mars 2008, R.P.D.P., 2008, p. 618.
- obs. sur Cass. crim., 18 janv. 2006, R.P.D.P., 2006, p. 616.
- obs. sur Cass. crim., avis, 5 juin 2012, n°9002, R.P.D.P., 2012, p. 640.
- obs. sur Cass. Ass. plén., 15 juin 2012, R.P.D.P., 2012, p. 642.
- obs. sur Cass. crim., 24 avril 2013, Cass. crim., 12 juin 2013 et Cass. crim., 25 juin 2013 (2 arrêts), R.P.D.P., 2013, p. 641.

VERON (M.),

- note sous Cass. crim., 30 oct. 2006, Dr. pénal, 2007, comm. n°7.
- note sous Cass. crim., 14 sept. 2004, Dr. pénal, 2004, comm. n°170.
- note sous Cass. crim., 8 nov. 2011, Dr. pénal, 2012, comm. n°16.
- note sous Cass. crim., 30 sept. 2008, Dr. pénal, 2008, comm. n°149.
- note sous Cass. crim., 26 juin 2012, Dr. pénal, 2012, comm. n°142.
- note sous Cass. crim., 8 nov. 2011, Dr. pénal, 2012, comm. n°19.
- note sous Cass. crim., 8 déc. 2009, Dr. pénal, 2010, comm. n°32 (2^{ème} espèce).
- note sous Cass. crim., 7 nov. 2006, Dr. pénal, 2007, comm. n°20.
- note sous Cass. crim., 1^{er} mars 2006, Dr. pénal, 2006, comm. n°68.
- note sous Cass. crim., 11 mai 2005, Dr. pénal, 2005, comm. n°124.
- note sous Cass. crim., 3 juin 1993, Dr. pénal, 1993, comm. n°231.
- note sous Cass. crim., 21 fév. 2006, Dr. pénal, 2006, comm. n°69.
- note sous Cass. crim., 15 déc. 2009, Dr. pénal, 2010, comm. n°32 (1^{ère} espèce).
- note sous Cass. crim., 31 janv. 2007, Dr. pénal, 2007, comm. n°98.

VIENNE (R.), note sous CA Aix (5^{ème} ch.), 25 mai 1954, J.C.P., 1954, II, 8411.

VITU (A.), obs. sur CE, Ass., 18 nov. 1955 et CE, Ass., 3 fév. 1956, *Petalas*, J.C.P., 1956, II, 9184.

VIZIOZ (H.), obs. sur CA Riom, 25 nov. 1946, R.T.D.civ., 1948, p. 95.

VLAMYNCK (H.), obs. sur Cass. crim., 18 déc. 2013, A.J. pénal, 2014, jurispr., p. 189.

VOUIN (R.), note sous Cass. crim., 25 juin 1959, J.C.P., 1959, II, 11288.

V. RAPPORTS

- Rapport A. BESSON, Le projet de réforme de la procédure pénale. Projet de Code de procédure pénale, Dalloz, Paris, 1956.
- La mise en état des affaires pénales. Commission Justice pénale et droits de l'homme. Rapports, La documentation française, Paris, 1991.
- Rapport de la commission de réflexion sur la Justice. Rapport au président de la République, La documentation française, coll. des rapports officiels, Paris, 1997.
- « Au nom du peuple français : juger après Outreau », Rapport n°3125, XII^e législature, A. VALLINI, président, P. HOUILLON, rapporteur, 6 juin 2006.
- Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, Groupe de travail présidé par Nicolas MOLFESSIS, Litec, 2005.
- Rapport d'étape sur la phase préparatoire du procès pénal. Troisième proposition, Dr. pénal, 2009, dossier n°2.
- La garde à vue, Les documents de travail du Sénat, Série Législation comparée n°LC 204, déc. 2009 ; Procédures, 2010, comm. n°81, note J. BUISSON.
- L'utilisation des empreintes génétiques dans la procédure pénale, Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée, n° LC 157, janvier 2006.
- Rapport du comité de réflexion sur la justice pénale : les propositions sur la phase préalable du procès pénal, Dr. pénal, 2009, dossier, n°3.
- Rapport VARINARD, Adapter la justice pénale des mineurs. Entre modifications raisonnables et innovations fondamentales, 70 propositions, La Documentation française, 2009.
- Rapport de la commission de modernisation de l'action publique, présidée par Jean-Louis NADAL, « Refonder le ministère public », remis à Mme la garde des Sceaux le 28 novembre 2013, www.justice.gouv.fr.
- Rapport sur la procédure pénale établi par la commission présidée par Jacques BEAUME, présenté publiquement le 10 juillet 2014, www.justice.gouv.fr/publication/rap-beaume-2014.pdf.
- Rapport de la Cour de cassation, 1989, La Documentation française, 1990.
- Rapport de la Cour de cassation, 2000, La Documentation française, 2001.
- Rapport de la Cour de cassation, 2007, site internet de la Cour de cassation.
- Rapport de la Cour de cassation, 2012, site internet de la Cour de cassation.

- Rapport de la Cour de cassation, 2013, site internet de la Cour de cassation.

VI. PRINCIPAUX SITES INTERNET

- www.assemblee-nationale.fr
- www.conseil-constitutionnel.fr
- www.conventions.coe.int
- www.courdecassation.fr
- www.echr.coe.int
- www.justice.gouv.fr
- www.legifrance.gouv.fr
- www.lemonde.fr
- www.senat.fr
- eur-lex.europa.eu
- gallica.bnf.fr

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

- A -

Abus d'autorité : 1214 et s.

Acte :

- administratif (notion d'–) : 149
- complexe : 1023
- de constatation : 131, 535
- de la procédure : 1141
- de police judiciaire : 40, 296, 299, 310, 357, 618, 627, 667, 1319
- de poursuite : 40, 131, 157, 290 et s., 879, 1087
- de vérification : 131, 535
- d'instruction : 91, 139, 170, 196, 290 et s., 319 et s., 357, 413, 449, 627, 792, 1088
- des autorités administratives : 38
- d'un simple particulier : 972 et s.
- faisant grief : 147 et s., 471 et s., 530, 592
- innomé : 477, 639, 645
- juridictionnel (notion d'–) : 200 et s.
- juridique (notion d'–) : 54 et s.
- matériel (notion d'–) : 58 et s.
- unilatéral : 147 et s., 485 et s.

Acte coercitif :

- acte juridique : 52 et s.
- acte matériel : 52 et s.
- appartenance au « construit » : 126 et s.
- (et) autocréation du droit : 133 et s.
- catégorie alternative : 315 et s.
- catégorie juridique (constitutif d'une –) : 88 et s.
- catégorie limitative : 317 et s.
- (et) complétude du droit : 135 et s.
- contrôle effectif par l'autorité judiciaire : 714 et s.
- définition : 618
- définition conceptuelle : 470 et s.
- délai raisonnable : 1074 et s.
- (et) dignité : 1036 et s.
- durée : 1055 et s.
- (et) égalité : 1028 et s.
- existence en jurisprudence : 100 et s.
- fonction : 362 et s.
- fonction d'anticipation : 453 et s.
- fonction de conservation : 449 et s.
- fonction quasi identique aux décisions provisoires : 461 et s.

- fonction identique à des principes d'organisation et de fonctionnement de la justice pénale : 463 et s.
- formalisme (de l'–) : 748 et s.
- impartialité : 858 et s.
- légalité (de l'–) : 634 et s.
- loyauté (de l'–) : 665 et s.
- mineurs : 984 et s.
- motivation : 766 et s.
- nécessité (de l'–) : 364 et s., 675 et s.
- notion (constitutif d'une –) : 82 et s.
- prescription de l'action publique : 1087 et s.
- présomption de légalité : 1255
- principe de territorialité (de l'–) : 925 et s.
- probatoire : 438 et s.
- prohibition du détournement (de l'–) : 861, 1014 et s.
- proportionnalité (de l'–) : 675 et s.
- provisoire et conservatoire : 444 et s.
- réalité juridique : 93 et s.
- reconnaissance légale : 107 et s.
- rejet du « donné » : 119 et s.
- respect des droits de la défense : 798 et s.
- sanctionnateur : 456 et s.
- (et) santé et intégrité physique : 1049 et s.
- soumission (de l'–) à la présomption d'innocence : 776 et s.
- spécialité (de l'–) : 1016
- succession (d'–) : 1063

Actes de violence et de torture : 1229 et s.

Action récursoire : 1291 et s.

Affaire d'Outreau : 424 et s., 1302 et s.

Agents :

- de la RATP : 973
- de l'office national de la chasse et de la faune sauvage : 957
- de police judiciaire (A.P.J.) : 953
- de police judiciaire adjoints : 954
- de police municipale : 955
- diplomatiques : 1003
- privés de recherche : 973

Apparence (vraisemblable) : 391 et s., 906 et s.

Arme à feu : 684, 1285

Arrestation (ou interpellation) : 361, 393, 451, 671, 696, 735 et s., 813, 940, 973

Arrestation et détention arbitraires : 565 et s., 1104, 1219 et s.

Arrestation provisoire : 280, 898, 958

Arrestation violente, avec recours à la force : 683-684, 1230

Arrêt de cour d'assises (titre de détention) : 1071

Arrêt de mise en accusation : 261, 264

Article préliminaire du Code de procédure pénale : 108 et s., 639, 714, 831, 879, 1038

Assemblée parlementaire : 933

Assentiment exprès : 337, 348, 481

Assignation à résidence avec surveillance électronique : 250-251,

- contrôle de nécessité : 389, 421 et s.

- droits de la défense : 798, 809

- maintien après renvoi : 249, 260, 268

- mineurs : 989-990

- présomption d'innocence : 781, 786

- témoin assisté : 978

Atteintes abusives au secret des correspondances et à l'intimité de la vie privée : 1244 et s.

Audition de témoins : 295

Audition libre : 344, 596, 849, 851, 968-969, 1143

Autorisation de sortie sous escorte : 284

Autorisation préalable d'un juge : 39

Avant projet de futur Code de procédure pénale : 964 et s.

Avocat :

- assistance effective (d'un -) : 823, 834, 1141

- choix (de l'-) : 1125

- convocation (de l'-) : 764, 810

- droit à s'entretenir et à être assisté (par un -) : 818 et s.

- interdiction d'exercice de l'activité professionnelle : 1005

- renonciation à la présence (de l'-) : 817

- B -

Bonne administration de la justice : 83, 143, 165 et s., 185 et s., 198, 826 et s., 1101, 1196, 1266

- C -

Cancellation (système de la -) : 1174, 1205

Captation de données informatiques : 44, 912

Captation illicite de conversations téléphoniques : 1221, 1244 et s.

Cautionnement pénal : 451, 491, 704-705, 1031

Célérité : 197 et s., 371, 1078, 1163, 1207

Centre éducatif fermé : 579, 987, 990, 1157

Chambre de l'instruction :

- arrêt de mise en accusation : 261, 264

- arrêt de non lieu : 267

- arrêt de renvoi : 268

- audience : 808, 810

- membres (impartialité) : 874, 882 et s.

- révision et évocation : 263

- supplément d'information : 174, 263, 272

Chambre de sûreté (placement en -) : 25, 1064-1065

Circonstance imprévisible et insurmontable : 342, 741, 811, 817, 1144

Circulaire : 146

Classement sans suite : 156-157

Classification bipartite, tripartite : 324 et s.

Classification des actes : 92, 321, 327, 357

Coercition

- « coercition sur coercition ne vaut » : 1023 et s.

- distinction avec la contrainte : 18 et s.

- distinction avec la force : 21-22

Comité de réflexion sur la justice pénale (commission LEGER) : 501, 960 et s.

Commission rogatoire : 169, 304, 352, 536, 758, 946, 949, 1088

Comparution :

- immédiate : 277, 465, 881, 1204, 1226

- personnelle : 174, 1084, 1123, 1144

- forcée : 899, 997

Conceptualisme juridique : 81

Concours de la force publique : 29, 285, 457, 493

Confinement en cellule ordinaire : 151

Confrontation : 294, 304, 410, 803, 834-835, 844 et s., 1023

Conseil supérieur de la magistrature : 721, 1303, 1307 et s.

Consentement :

- abdicatif : 484

- substitutif : 494

Constat d'adultère : 30

Contournement de la procédure : 1014

Contradiction : 795

Contrainte judiciaire : 287 et s., 400, 458
Contrainte :
 - directe / indirecte : 504 et s.
 - intensité en fonction du cadre procédural : 893 et s.
 - matérielle : 18, 23, 512 et s.
 - médiante / immédiate : 504 et s.
 - psychologique : 19-21, 27-28, 340, 345, 512 et s., 528 et s., 787 et s.
Contrôle de proportionnalité :
 - juridictions judiciaires : 682
 - Conseil constitutionnel : 678 et s.
 - Cour européenne des droits de l'homme : 681
Contrôle d'identité : 295, 386, 394-395, 563, 613, 767, 955, 1018, 1020, 1140, 1151, 1257, 1259
« Contrôle efficace » : 415, 418, 1096, 1129 et s., 1138 et s., 1149
Contrôle incorporé : 1121, 1130 et s., 1181
Contrôle judiciaire :
 - acte juridictionnel : 276, 325
 - appel : 1157, 1210
 - avocat : 1005
 - contrôle de nécessité : 421 et s.
 - conversion en détention provisoire : 248, 457
 - droits de la défense : 798
 - faculté : 86
 - formalisme : 762
 - généralités : 244
 - mainlevée : 247, 269
 - maintien après renvoi devant le tribunal correctionnel : 249, 268
 - maintien par l'ordonnance de mise en accusation : 260
 - mineurs : 355, 987 et s.
 - modification : 246, 269
 - motivation : 421, 770
 - obligations constitutives de mesures de sûreté : 455
 - personne morale : 980
 - placement (sous –) : 245
 - présomption d'innocence : 780 et s., 786
 - principe d'égalité : 1030 et s.
 - proportionnalité : 703 et s.
 - refus de mainlevée totale ou partielle : 247
 - témoin assisté (impossibilité) : 388, 978
Contrôle judiciaire effectif de l'acte coercitif :
 - célérité du contrôle : 732
 - qualité ou intensité du contrôle : 734 et s.
 - caractère automatique du contrôle : 733
Contrôleur général des lieux de privation de liberté : 492, 1045
Convocation par officier de police judiciaire : 292, 398, 799-800

Coutume : 95
Criminalité et délinquance organisées : 690, 728, 823, 910 et s., 981

- D -

Déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : 37
Défèrement : 410, 451, 578, 645-646, 833, 1060-1061, 1324
Définition :
 - conceptuelle : 84, 470 et s., 615 et s.
 - fonctionnelle : 87, 360 et s.
 - réelle : 360
 - terminologique : 47, 49, 360, 618
Délai prévisible d'achèvement de la procédure : 243, 1083
Délocalisation d'une affaire : 160
De minimis non curat praetor : 147, 1170
Dénonciation, renseignement anonyme : 392, 396, 908
Détention en haute mer (militaire) : 647 et s.
Détention provisoire :
 - abusive : 1225
 - contrôle de nécessité : 422 et s., 427
 - cumul : 1071
 - débat contradictoire : 227, 232, 755, 763 et s., 809, 939, 1146, 1183
 - délai raisonnable : 1074 et s.
 - dignité : 1045 et s.
 - droits de la défense : 809 et s.
 - durée : 235-236
 - formalisme du placement (en –) : 763 et s.
 - illégale : 1174, 1225 et s.
 - impartialité : 867, 876 et s., 879 et s.
 - injustifiée : 1225 et s.
 - maintien après renvoi devant le tribunal correctionnel : 236, 260, 268
 - mémoire déposé au greffe de la chambre de l'instruction : 1144
 - majeur protégé (« permis » de visite) : 992
 - mineur : 355, 426, 764
 - motivation, surmotivation : 426, 771 et s.
 - nécessité du placement ou du maintien (en–) : 425, 426
 - présomption d'innocence : 780 et s.
 - principe d'égalité : 1030, 1032-1033
 - prolongation : 235 et s.
 - subsidiarité : 426, 681, 697-698, 773
 - témoin assisté : 388, 978
Détournement de procédure : 856, 913, 1014 et s., 1288

Dignité :

- article préliminaire : 1038
- examen médical : 1040
- principe matriciel : 1036
- torture : 1036, 1042, 1050
- traitement inhumain et dégradant : 1041-1042
- usage de la force physique : 1041

Doctrine : 40, 95, 117**Domicile :**

- notion : 929 et s., 1243
- violation (de –) : 1239 et s., 1264, 1301

Dossier :

- accès en garde à vue : 819, 825, 836 et s.
- mise à disposition de l'entier dossier à l'avocat du mis en examen : 810, 812

Doute : V. *suspicion, soupçon***Droit :**

- à la sûreté personnelle : V. *liberté individuelle*
- à l'information : 800-801, 813 et s., 841 et s., 851
- à réparation de la détention provisoire : 1226 et s.
- au respect de la vie privée : 567 et s., 581 et s., 615
- au respect de l'intégrité physique : 559, 580, 599, 789, 1041, 1049 et s.
- comme ordre de contrainte : 5 et s.
- de ne pas s'auto-incriminer : 783 et s.
- de propriété : 219, 509, 553, 557, 571, 590 et s., 912
- de recours, à un recours juridictionnel effectif : 1098 et s.
- fondamental / procédural : 598, 602
- souple, mou : 7
- substantiel / processuel : 598-599

Droits de la défense (notion de –) : 792 et s.**Droits de l'homme** (notion de –) : 550 et s.**- E -****Ecrou extraditionnel :** 269, 958, 1105, 1134**Egalité (principe d'–) :**

- discriminations : 1028 et s., 1034 et s.
- mandat d'arrêt européen : 1035
- terrorisme / atteinte à la sûreté de l'Etat : 1034

Egalité des armes (notion d' –) : 795**Endoscope :** 589**Enquête :**

- de blessures graves : 893 et s.
- de criminalité organisée : 725, 910 et s., 986

- de disparition suspecte : 893 et s.

- de mort suspecte, aux fins de recherche des causes du décès : 893 et s.

- officieuse : 296, 334, 337

- par voie officieuse : 254, 354 et s.

- préliminaire : 334 et s., 477, 481, 484 et s., 905 et s., 1010, 1241

- sur infraction flagrante (ou de flagrance) : 334 et s., 392, 480, 905 et s., 956, 1010, 1057

- sur la personnalité : 294, 354, 453

Enregistrement :

- audiovisuel des interrogatoires : 609, 759-760

- clandestin (d'une conversation ou d'une image) : 670, 972, 1248 et s.

Entrée dans les lieux à usage professionnel :

441, 498, 926-927

Epreuve de dépistage de stupéfiants : 524,

661, 664

Erreur purement matérielle : 605, 614-615, 763**Etat de droit :** 21, 41, 1114, 1253, 1275, 1313**Examen médical et prise de sang :** 507, 520, 661, 749**Exception préjudicielle aux poursuites :** 1263 et s.**Exécution d'office :** 21, 35, 39, 109, 504 et s., 516, 580, 615**Exécution forcée :** 9, 26 et s., 288, 456, 502 et s., 513 et s., 529**Expulsion :** 24, 29, 185, 1015**Extradition consentie :** 493-494**- F -****Fait juridique :** 51, 54, 60**Faits nouveaux :** 130-131, 136, 350 et s., 534 et s., 854, 1021, 1070**Faute :**

- de service : 1278, 1281, 1282 et s.

- lourde : 1285 et s.

- personnelle détachable de la fonction : 1278-1279, 1282

- personnelle non dépourvue de tout lien avec le service : 1282, 1284-1285

- simple : 1285

Fermeture (temporaire) d'établissement :

220, 454, 476, 571, 591, 778, 1158, 1194-1195

Fichiers informatiques, de police : 380, 518, 585, 666, 1251**Fiction juridique :** 75, 779**Force :** 3 et s., 14, 17, 19, 21 et s., 512 et s., 683 et s., 789-790, 1049, 1230 et s.

Forclusion : 996, 1197-1198

Fouille à corps (ou corporelle) : 79, 153, 303, 441, 505, 582, 653, 656-657, 1003, 1020, 1043, 1050, 1201

Fouille *in corpore* (corporelle interne) : 441, 525, 655, 664, 815, 1043-1044

Fouille intégrale : 152, 654, 656, 1043-1044

Fuite : 223-224, 260, 285, 371, 421, 449, 647, 777, 805, 898 et s., 959, 1048, 1109 et s.

- G -

Garantie judiciaire : 408, 411, 714 et s., 742, 1090, 1104 et s.

Garde à vue :

- abus policiers : 1231 et s.
- acte de police judiciaire : 295
- aptitude au maintien (en –) : 1052
- assistance effective de l’avocat : 818 et s., 822-823, 826, 834 et s.
- audition sur des faits étrangers : 1020, 1026
- contrôle de nécessité : 404 et s.
- contrôle par l’autorité judiciaire : 739 et s.
- début : 341 et s.
- déclarations irrégulièrement recueillies : 831 et s.
- délai raisonnable : 1086
- dérogatoire, particulière : 725, 818, 825-826, 845 et s., 912, 915-916
- détournement (de la –) : 459, 861, 1016-1017
- dignité : 1038 et s.
- droit au silence : 790-791
- enregistrement audiovisuel : 759-760
- étrangers : 701
- imputation des mesures administratives ou de police : 1064 et s.
- irrégularité invoquée par un tiers : 1140 et s.
- libre choix de l’avocat : 846-847
- loyauté : 672-673
- majeur protégé : 992
- mineur : 985-986
- nécessité : 368, 374-375
- notification des droits : 817
- présomption d’innocence : 777 et s.
- presse : 903
- preuve du grief : 608-609
- préventive : 452
- proportionnalité : 699-700, 702, 709, 712-713
- réforme : 833 et s., 843 et s.
- successives : 1069-1070
- témoin assisté : 978

Gel de biens ou d’éléments de preuve : 509, 591, 1153, 1323

Géolocalisation : 587 et s., 650 et s.

Grief :

- automatique : 474 et s., 498, 500, 516
- atteinte aux droits de la défense : 594, 596, 615, 1017
- défendable : 1107, 1114, 1127
- direct : 502 et s.
- indirect : 528, 596, 1137 et s.
- intrinsèque : 597, 600, 604, 614
- nécessaire ou intrinsèque (théorie du –) : 608 et s., 1188
- sérieux : 1192, 1315
- spécial / simple ou ordinaire : 601-602
- spécifique : 597 et s.
- supplémentaire : 736, 1192
- vice dans la recherche de la vérité : 595

- H -

Hommes politiques :

- président de la République : 994 et s.
- ministres : 998-999
- parlementaires : 1000-1001
- membres du Parlement européen : 1002

Hospitalisation d’office : 25

- I -

Illégalité de l’acte ou de la poursuite : 1256, 1263 et s.

Impartialité :

- personnelle : 859 et s.
- fonctionnelle : 864 et s., 875, 882, 885

Imperium : 3

Incarcération provisoire : 230, 233-234, 267, 449, 476, 578, 755, 809, 1068, 1183-1184

Incarcération provisoire du condamné : 280, 285, 401, 458

Incidents contentieux : 184, 272 et s.

Indices :

- apparents d’un comportement délictueux : 392, 481, 495, 653, 907-908, 1223
- « de preuve » : 666-667
- graves ou concordants : 507, 521, 781, 977-978, 985
- graves et concordants : 856, 977

- simples : 125, 371, 389 et s., 394, 396, 410, 441, 449-450, 477, 525, 664, 781-782, 816, 853-854, 884, 938, 1150, 1179

Infiltration : 586-587

Infractions commises en bande organisée : 712, 910 et s., 920, 1022

Injonction pénalement sanctionnée : 518

Inspection générale de la police nationale : 1296

Inspection générale des services : 1296

Intention criminelle : 1222, 1224, 1272 et s.

Interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications (écoutes téléphoniques) :

- abus : 1246-1247

- autorisées par le juge des libertés et de la détention : 339, 742-743, 899, 959

- but probatoire : 87, 441

- compétence exclusive du juge : 899, 959

- contrôle du juge : 540, 729, 742-743

- conversation entre l'avocat et son client : 852 et s., 1004

- conversation entre l'avocat et les proches du mis en examen :

- droits de la défense différés : 804

- enquête de criminalité organisée : 339

- enquête de mort, blessures graves ou disparition suspectes : 896-897

- formalisme : 750, 757

- intérêt à agir en nullité : 1137 et s.

- journalistes : 1006

- légalité : 641-642

- loyauté : 669

- motivation : 414-415, 769

- principe de subsidiarité : 413 et s.

- recherche d'une personne en fuite : 899

Interdiction de communiquer : 237, 451

Interpellation : V. *arrestation*

Interprète : 797, 807, 817

Interrogatoire : 226, 294, 304, 410, 490, 760, 807, 812, 819 et s., 822, 829, 1023, 1042, 1115, 1196, 1224, 1312

Interruption de la prescription de l'action publique : 198, 290, 299 et s., 1087-1088

Intervention chirurgicale forcée : 1233

Investigations :

- approfondies : 438, 535

- approfondies / non approfondies : 869

Investigations corporelles internes : 441, 655, 1043-1044

Inviolabilité du domicile : 28, 30, 38, 562, 565 et s., 583, 585, 681, 708-709, 753, 918 et s., 1239, 1277

- J -

Journaliste :

- liberté d'expression : 428 et s., 935

- secret des sources : 936 et s., 1006, 1307

Juge de l'application des peines : 87, 151, 279 et s., 400-401, 458

Juge de l'habeas corpus : 878, 964

Juge des enfants :

- enquête par voie officieuse : 254, 354 et s.

- cumul des fonctions : 870 et s.

Juge des libertés et de la détention :

- contrôle judiciaire : 86, 355, 451, 579, 1058

- désignation : 229

- détention provisoire : 85-86, 225, 227-228, 235, 239-240, 261, 424 et s., 755, 763, 770, 863, 881-882, 1080, 1083, 1146, 1152, 1155 et s., 1206

- présentation (au -) : 222, 1061-1062

- remplacement : 229

- saisine directe par le parquet : 231

Juge d'instruction :

- auteur du contrôle de l'acte coercitif :

- désignation : 162 et s.

- dessaisissement : 165 et s.

- remplacement : 164

- saisine du juge des libertés et de la détention : 230, 241-242, 349, 400, 729

Jurisprudence (source de droit) : 104 et s.

- L -

Libération conditionnelle : 151, 281, 283-284, 289, 458

Liberté :

- d'aller et venir : 570, 574, 576 et s.

- d'association : 548, 557-558

- d'expression : 429, 553, 557, 932, 935

- de la vie privée / secret de la vie privée : 562, 581 et s.

- de manifestation : 549

- de réunion : 548-549, 552, 557-558

- du travail : 549

- individuelle (conception stricte) : 564 et s.

- personnelle : 26, 557, 560 et s., 570, 576, 581-582, 585

Libertés :

- collectives : 552, 573

- essentielles : 559, 564, 600

- fondamentales : 553 et s., 602

- individuelles (notion matricielle) : 572 et s.

- publiques : 547 et s.

Lieu :

- classifié au titre du secret de la défense nationale : 944

- de culte : 932

- mixte : 926

- privé : 588, 644, 922, 926 et s., 1012, 1024

- public : 926

Locaux :

- consulaires : 932

- d'habitation : 588, 729, 751, 921 et s., 928, 1012

- de la mission diplomatique : 932

- ne servant pas à l'habitation : 338, 657, 922, 924, 928

Loi :

- accessibilité (de la –) : 636-637

- conception matérielle / formelle : 635

- intelligibilité (de la –) : 637

- prévisibilité (de la –) : 79, 88, 430, 636, 638

- qualité (de la –) : 416, 636, 647

- source de droit : 110-111

- M -

Magistrats du siège (pouvoirs) : 959

Mandat :

- d'amener : 222, 285, 458, 538, 613, 645, 695, 903-904, 1061-1062, 1287

- d'arrêt : 66, 68, 115-116, 223-224, 227, 260-261, 400-401, 881, 900, 1061, 1111

- d'arrêt européen : 224, 266, 269, 613, 761, 806 et s., 1016, 1026, 1035, 1041, 1054, 1066, 1135-1136, 1199

- de comparution : 222, 754, 904, 978, 1025

- de dépôt : 225, 228, 248, 278, 400, 613, 727, 1025, 1071, 1164

- de recherche : 223, 226, 339, 441, 958, 978, 1063

Mandats de justice :

- droits de la défense : 805

- formalisme : 761

- impossibilité de déléguer (les –) : 959

- inobservation des formalités applicables : 566, 613

- nature (des –) : 226-227

- se dérober aux (–) : 1108 et s.

Manifestation de la vérité : 293, 295, 354, 377, 389, 439 et s., 664-665, 962, 1057

Menottes et entraves : 451, 777, 1048

Mesure d'administration judiciaire :

- notion : 143 et s.

- régime : 189 et s.

Mesure de police :

- dégrisement, placement en chambre de sûreté : 25, 341-342, 1064-1065

- rétention judiciaire de vingt-quatre heures : 1066

- retenue douanière : 341, 1067

Mesure de sûreté : 13, 37, 229, 244, 270, 283, 289, 421-422, 425, 452-453, 455

Mesure d'ordre intérieur (notion de –) : 145 et s.

Mesures conservatoires : 44, 445, 450, 509, 981, 1159

Mesures de contrainte : 35, 108-109, 322, 358, 542, 639, 731, 979

Mineurs : 354 et s., 870 et s., 984 et s.

Ministère public (ou parquet) :

- indépendance et impartialité : 716 et s.

- devoir d'information (du –) : 741

Mise en cellule disciplinaire : 151 et s.

Mise en état (obligation de –) : 187, 1110

Mise en examen : 263, 304, 349, 388, 537, 781, 1201

Mise sous surveillance électronique d'un condamné : 283

Monopole de la violence légitime, de la contrainte étatique : 3-4

Morale : 6-7, 120, 125, 665, 1236

- N -

Nécessités de l'enquête, de l'information : 86, 244, 344, 363-364, 374 et s., 384, 387, 404 et s., 413 et s., 421 et s., 654-655, 700

Notification des droits : 344, 816-817, 1051

Notion :

- à contenu variable : 78 et s., 87,

- cadre : 76-77, 368

- conceptuelle : 82 et s.

- floue : 78, 80, 84

- fonctionnelle : 82 et s., 469

- sans critère : 80

Nullités :

- textuelles / substantielles ou virtuelles : 603, 606, 613, 1193

- d'ordre privé / d'ordre public : 603, 1191 et s.

- O -

Objectif de valeur constitutionnelle : 637, 828, 837

Obligation : 17, 23, 26 et s., 30

Obligation

- de déférer aux convocations : 222, 303, 336, 385, 457, 1058

- procédurale d'enquête : 1132, 1234 et s.

Officiers de douane judiciaire : 957

Officiers de police judiciaire (pouvoirs) : 956

Ordonnance :

- administrative : 168 et s.

- de clôture : 165, 249, 253, 1112

- de mise en accusation : 249, 252, 254, 258 et s., 265, 1063, 1156, 1198

- de mise en liberté : 239 et s., 243, 265, 268, 1165, 1210-1211

- de non lieu : 329

- de placement en détention provisoire : 225, 227-228, 231, 238, 765, 1162 et s.

- de protection : 30

- de refus de restitution des objets placés sous main de justice : 219, 265, 450, 454, 1158

- de refus d'informer : 213-214, 265, 325, 329

- de règlement : 172, 211, 236, 254, 1063

- de rejet d'une demande de mise en liberté : 243, 426, 755, 772, 1032, 1053, 1146

- de renvoi complexe : 258, 265

- de renvoi devant le juge des enfants, le tribunal pour enfants ou le tribunal correctionnel pour mineurs : 257

- de renvoi devant le tribunal correctionnel : 249, 257-258, 261, 265, 1111

- de renvoi devant le tribunal de police ou la juridiction de proximité : 257

- de saisine du juge des libertés et de la détention : 227, 230, 248, 400

- de soit-communié : 172-173, 242, 253

- d'incompétence : 212, 325

- d'interruption des travaux : 450, 591, 1159

- d'irrecevabilité de l'action de la partie civile : 215-216, 265

- faisant grief aux intérêts civils : 216-217, 265

- fixant le montant de la consignation : 217, 301

- juridictionnelle : 167, 168-169, 193, 211, 213, 216-217, 229 et s., 235, 237 et s., 243 et s., 247 et s., 252, 255 et s., 259-260, 280, 284, 286

- prescrivant la fermeture d'établissement : 220, 454, 476, 509, 591, 1158, 1194-1195

- prescrivant l'incarcération provisoire : 230, 234, 280, 285, 401, 458, 755, 809, 1183-1184

- statuant sur la compétence : 166-167, 212, 530

- statuant sur l'opposition à la publicité du débat contradictoire : 232

- statuant sur une demande d'acte : 170, 218

Ordre public : 38-39, 124, 295, 362, 422, 436-437, 462 et s., 469, 618, 689, 773, 1078

- P -

Palpation de sécurité : 656, 1257

Partie à la procédure : 798, 1111

Parties privées : 165, 169, 173, 211, 218, 258, 668, 812, 1150, 1207

Peine, punition : 9 et s., 35 et s.

Permis de visite : 237-238, 992, 1156

Permission de sortir : 151, 281, 283

Perquisition :

- acte de police judiciaire / acte d'instruction : 294-295, 298, 304, 321

- assentiment (à la –) : 337, 477, 481, 487, 515

- assistance d'un avocat : 834

- au domicile d'un tiers : 931

- cabinet d'avocat, contrôle de nécessité : 431 et s.,

- cabinet d'un notaire, médecin ou huissier : 934

- conception stricte (« non-perquisitions ») : 477

- détournement : 861, 1016, 1024

- droits de la défense : 802-803

- éléments couverts par le secret de la défense nationale : 941 et s.

- entreprise de presse, contrôle de nécessité : 428 et s., 682, 693-694, 935 et s.

- établissement militaire : 940

- examen de proportionnalité : 709, 712

- formalisme : 752-753, 757

- illégale : 1239 et s.

- « informatique » : 584, 694

- juge des libertés et de la détention : 338, 348, 495-496

- lieux de travail : 498

- ministère : 933

- nécessités de l'enquête : 410

- nocturne, de nuit : 611, 728, 753, 911, 914, 919 et s., 923-924, 1012, 1021-1022

- parlement : 933

- présidence de la République : 933

- preuve du grief : 610-611, 812

- « taisante » : 803, 1321

Personne morale :

- contrôle judiciaire : 980
- grief : 600
- mesures conservatoires : 981
- perquisitions et saisies : 980
- représentant (de la –) : 979

Placement à l'extérieur : 279, 281, 284

Placement sous surveillance électronique mobile : 250, 289

Plainte avec constitution de partie civile : 213, 292, 301, 1263

Police administrative : 392, 767, 908, 1065, 1102

Prélèvement :

- ADN : 441, 499-500, 580, 749, 785, 1319
- d'haleine, de sang et d'urine : 785
- externe : 518 et s.
- forcé : 500
- interne : 520

Présomption :

- de causalité des blessures : 1232
- de contrainte : 344, 969
- de grief : 605 et s., 612
- de légalité : 1255
- d'innocence : 98, 389, 439, 686, 776 et s., 857, 860, 862
- notion (généralités) : 74

Presse :

- arrestation : 903
- détention provisoire : 903
- garde à vue : 903
- mandat d'amener : 695, 904
- mandat de comparution : 904
- proportionnalité : 695, 903

Principe juridique : 72-73

Privilège de juridiction : 994, 1269

Procès équitable (notion) : 745-746, 793-794

Procédé technique : 74-75

Procédure accusatoire / inquisitoire : 442-443

Procédure alternative aux poursuites : 36, 466

Procédure incidente : 1019 et s.

Procédure pénale :

- définition (de la –) : 32
- durée (de la –) : 1075
- efficacité (de la –) : 362, 380-381, 436 et s., 459-460, 461 et s., 469

Procédures dérogatoires : 910 et s.

Procureur de la République (pouvoirs) : 958

Provocation à la preuve / à la commission de l'infraction : 666

- Q -

Qualité pour agir (requête en annulation) : 1137 et s.

Question prioritaire de constitutionnalité : 43, 110, 713, 823 et s., 846 et s., 850, 941, 997, 1066, 1112, 1136, 1145-1146

- R -

Rébellion : 1255 et s.

Recours d'habeas corpus : 1180, 1213

Réduction de peine : 151, 283

Réexamen d'une décision pénale : 1172 et s.

« Référé-confidentialité » : 432-433, 1174

Référé-détention : 239-240, 1165, 1211

Référé-liberté : 234, 1162 et s., 1183, 1211

Refus de restitution : 275, 450

Relevé d'identité : 519, 900, 1011

Remise spontanée de documents : 477

Répression : 9, 10 et s.

Requête en annulation : 1111, 1137 et s., 1149 et s.

Requête individuelle supranationale : 1166 et s.

Réquisitions aux fins de remise de documents : 526-527

Réquisitoire introductif, supplétif ou définitif : 173, 213, 292, 301

Réserve du contentieux de la détention : 1032-1033, 1145

Responsabilité civile de l'auteur d'un acte coercitif arbitraire :

- des magistrats : 1286 et s.

- des O.P.J. : 1282 et s.

Responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement defectueux du service de la justice : 1286 et s., 1306

Responsabilité disciplinaire de l'auteur d'un acte coercitif arbitraire :

- des magistrats : 1302 et s.

- des O.P.J. : 1296 et s.

Responsabilité pénale de l'auteur d'un acte coercitif arbitraire (magistrats et O.P.J.) : 1269 et s.

Rétention de sûreté : 12-13, 37, 289

Retenue des témoins sur les lieux de l'infraction : 303, 578

Retenue douanière (réforme) : 815, 850-851

- S -**Saisie :**

- abusive de correspondance : 1245 et s.
 - acte d'instruction : 85, 87, 294-295, 298, 303-304
 - assentiment facultatif : 338, 348, 1182
 - atteinte au droit de propriété : 571, 591
 - biens incorporels : 450, 508
 - comptes bancaires : 508, 1150
 - dans un cabinet d'avocat : 431 et s., 934, 1174
 - dans une entreprise de presse ou au domicile d'un journaliste : 938-939
 - de patrimoine : 450
 - d'objets, documents ou données informatiques : 450, 508
 - examen de proportionnalité : 693-694
 - fiabilité (de la –) : 752
 - fonction probatoire : 87, 441, 508
 - fonction conservatoire : 450, 508
 - immobilière (ou d'un immeuble) : 450, 508, 981
 - incidente : 1019 et s.
 - sans dépossession : 450
 - spéciale : 450
 - titres ou parts de société : 508
- Santé et intégrité physique :**
- aptitude au maintien de la garde à vue : 1052
 - certificat médical : 1052
 - détention provisoire : 1053
 - distinction avec la dignité : 1049-1050
 - raisons humanitaires sérieuses : 1054
 - soins médicaux : 1051-1052
- Sanction :**
- distinction avec la contrainte : 8-9
 - punitive (ayant le caractère d'une punition) : 12
- Secret de la défense nationale :** 941 et s.
- Secret de l'enquête et de l'instruction :** 467
- Secret des correspondances :**
- écrites entre l'avocat et son client : 855
 - dissociation de la liberté individuelle : 568, 570
 - domaine : 584
 - liberté fondamentale : 557-558
- Semi-liberté :** 151, 279 et s., 458
- Séparation des fonctions :**
- fonctions de poursuite et d'enquête : 877-878
 - fonctions d'instruction et de jugement : 871 et s., 878
 - fonctions successives différentes : 880 et s.

Sonorisation et fixation d'images de certains lieux ou véhicules :

- atteinte à l'inviolabilité du domicile et au secret de la vie privée : 585, 1248 et s.
 - avocat : 1004
 - cadre juridique de la procédure : 915, 1010
 - contrôle de nécessité : 416 et s.
 - députés et sénateurs : 1001
 - détournement (de la –) : 1016, 1024
 - droits de la défense : 804
 - fonction probatoire : 441
 - formalisme : 751, 757-758
 - grief grave : 588
 - légalité : 416, 643-644
 - lieu d'habitation et autre lieu privé : 922, 928, 1012
 - lieux spécialement protégés : 945
 - loyauté : 670, 673
 - motivation : 417, 769
 - organisée pour des tiers : 1143
 - saisine obligatoire du juge des libertés et de la détention : 729
 - violation des formalités substantielles : 612
- Soupçon réel et sérieux :** 374 et s., 384 et s., 390 et s., 404 et s., 696, 781-782
- Standard juridique :** 76 et s., 368-369, 555
- Suivi socio-judiciaire :** 283, 285, 289, 458
- Support nécessaire (théorie du –) :** 1201 et s., 1209, 1243
- Surveillance :**
- à la jumelle : 1251
 - de sûreté : 12, 37
 - et filature : 303, 586 et s., 1251
 - judiciaire : 37, 289, 458
 - par G.P.S. : V. *géolocalisation*
- Surveillants de grands magasins (vigiles) :** 973
- Suspect (rapport degré de suspicion / intensité de la coercition) :** 976 et s.
- Suspension (ou retrait) d'habilitation O.P.J. :** 158-159, 1298
- Suspicion :** V. *soupçon réel et sérieux*

- T -

Téléobjectif : 582, 589

Témoin : 184, 221, 294, 338, 380, 388, 397 et s., 457, 521, 536, 976, 995, 1001

Témoin assisté : 253-254, 388, 978, 995

Territoire d'un Etat étranger :

- actes de police ou d'information : 947
- arrestation : 948-949

- droit d'observation : 948

- poursuite transfrontalière : 948

Territorialité de la contrainte : 3, 925 et s., 949

Titre de contrainte : 23, 68, 111, 363, 513, 561, 926

Torture (définition) : 1232

Traitements inhumains ou dégradants : 788, 1041 et s., 1049, 1231

Transfèrement : 222-223, 492, 1061-1062

Transport sur les lieux : 169, 218, 294, 304, 329, 363, 1023

Travail dissimulé : 498

Tribunal correctionnel à juge unique : 178, 181, 464-465

- U -

Unique objet (théorie de l'—) : 258, 265, 1206 et s.

Urgence : 370-371, 434, 652, 655, 905, 921, 1010 et s., 1163, 1273

- V -

Vérification d'alcoolémie : 24, 522-523, 661-662, 1064, 1203

Vérification d'identité : 341, 386, 519, 578-579, 710, 724, 815, 900, 954, 977, 1059, 1068, 1231

Vérifications sommaires : 350 et s., 534 et s.

Violence (distinction avec la contrainte) : 14 et s.

Visite de véhicules (fouille des véhicules) : 295, 441, 478 et s., 582, 638, 657 et s., 710, 781, 904, 914, 956, 1095, 1314

Visites de tous lieux (douane et autorité de la concurrence) : 497

Voie de fait : 85, 1277

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION GENERALE.....	1
PREMIERE PARTIE : LA NOTION D'ACTE COERCITIF	43
TITRE I : LA DETERMINATION DE L'ACTE COERCITIF.....	44
CHAPITRE 1 : LA DETERMINATION FORMELLE DE L'ACTE COERCITIF	45
Section I – Adaptation de l'acte coercitif au système juridique	45
§1 – L'adaptation contrariée par la dualité de qualifications	46
A – La classification « acte juridique-acte matériel » injustifiée.....	46
1°- Une classification artificielle	46
a) Les difficultés de définition des catégories.....	46
b) Les difficultés de délimitation des catégories.....	50
2°- Une classification erronée	52
a) La confusion entre la nature d'un acte et ses effets	52
b) La confusion entre l'édiction d'une norme et son articulation	53
B – La classification « acte juridique-acte matériel » inadaptée	54
1°- L'acte coercitif, acte juridique.....	54
2°- L'acte coercitif, acte matériel.....	55
§2 – L'adaptation favorisée par l'attribution de qualificatifs juridiques.....	57
A – Les qualificatifs juridiques inadaptés.....	57
1°- Le principe juridique	57
2°- Le procédé technique.....	59
3°- La notion « floue »	61
B – Les qualificatifs juridiques retenus	64
1°- La notion conceptuelle et la notion fonctionnelle	65
2°- La catégorie juridique.....	69
Section II – Adéquation de l'acte coercitif à la réalité juridique.....	73
§1 – La vérification de l'adéquation par l'examen du droit positif.....	74
A – L'existence de l'acte coercitif dans les règles juridiques.....	74
1°- Une existence longtemps virtuelle.....	75
2°- Une existence désormais réelle	77
a) La présence de la notion en jurisprudence	77
α) La constatation	77
β) La jurisprudence, source du droit admissible en procédure pénale.....	79
b) La reconnaissance légale de la notion	83
α) La constatation	83
β) La loi, source du droit incontestable en procédure pénale	84
B – La correspondance de l'acte coercitif à la vérité juridique	86
1°- Le remède au risque d'une abstraction excessive.....	86
2°- Le reflet d'une réalité matérielle	87
§2 – Les conséquences de l'adéquation dans la théorie du droit	88
A – La confrontation de l'acte coercitif avec l'opposition de la science à la technique..	89
1°- Rejet de l'acte coercitif hors du « donné »	89
a) La contestation générale du « donné ».....	89
b) L'inadaptation spéciale au « donné »	90
2°- Appartenance de l'acte coercitif au « construit »	92
a) L'approbation générale du « construit »	93
b) L'adaptation spéciale au « construit »	94

B – La confrontation de l’acte coercitif avec les conceptions du système juridique	95
1°- L’acte coercitif, illustration de l’autocréation du droit.....	96
2°- L’acte coercitif, illustration de la complétude du droit	97
CHAPITRE 2 : LA DETERMINATION SUBSTANTIELLE DE L’ACTE COERCITIF.....	99
Section I – Inadéquation de l’acte coercitif aux catégories traditionnelles	100
§1 – Un rattachement exclu aux mesures d’administration judiciaire	100
A – L’exploration de la mesure d’administration judiciaire.....	100
1°- Contours de la notion en droit processuel	101
a) Une similitude manifeste avec la mesure d’ordre intérieur	103
b) Une dissociation effective avec l’acte administratif unilatéral	106
2°- Contenu de la notion en procédure pénale	112
a) Les principales mesures d’administration judiciaire adoptées par le ministère public	112
b) Essor de la mesure d’administration judiciaire au cours de l’information	115
α) Les actes d’administration liés à la répartition des affaires à instruire.....	116
β) Les ordonnances administratives du juge d’instruction	120
γ) Les actes d’administration de la chambre de l’instruction	124
c) Le repérage de la mesure d’administration judiciaire dans la phase de jugement	127
α) La désignation des juges	127
β) Les renvois	128
γ) Les décisions afférentes au déroulement de l’audience et à l’étendue des débats	129
B – La spécificité du régime juridique de la mesure d’administration judiciaire	132
1°- Un acte affranchi de certains principes fondamentaux de la procédure pénale... 132	
a) La méconnaissance du droit à un recours	133
b) L’ignorance des droits de la défense	133
2°- Un acte conforme à des grands principes de la procédure pénale	135
a) L’impartialité du magistrat sauvegardée.....	135
b) La célérité de la procédure favorisée	136
§2 – Un rattachement partiel aux actes juridictionnels	137
A – Les critères de qualification en droit processuel.....	137
1°- L’intensité des controverses relatives au critère de l’acte juridictionnel.....	137
a) Les critères formels.....	138
b) Les critères matériels	139
2°- L’affaiblissement des controverses relatives au critère de l’acte juridictionnel.. 140	
B – Les principales manifestations en procédure pénale	142
1°- Une place essentielle au sein de l’instruction préparatoire.....	143
a) Au premier degré	143
α) Lors de l’ouverture de l’information.....	144
β) Au cours de l’information	148
γ) Lors du règlement de l’information.....	174
b) Au second degré	181
2°- Un attribut naturel des juridictions de jugement	187
3°- Une institution nouvelle au cours de l’exécution des peines.....	192
§3 – Un rattachement principal aux actes de poursuite et d’instruction	201
A – L’impasse doctrinale : l’existence d’une controverse théorique.....	202
1°- Un accord partiel sur la définition des actes de poursuite et d’instruction.....	202
2°- Un désaccord complet sur la nature des actes de police.....	204
B – L’issue jurisprudentielle : l’indifférence de la controverse théorique.....	206
1°- Une conception extensive des actes de poursuite et d’instruction par l’adoption d’un critère finaliste	206
2°- Une confusion contestable des actes de poursuite et d’instruction en une notion unique	212
Section II – Inadaptation des catégories traditionnelles au regard de l’acte coercitif	213

§1 – L’acte coercitif : l’apport d’une autre conception théorique.....	214
A – Emergence d’une classification différente des actes en procédure pénale	214
1°- Les conditions de la <i>summa divisio</i>	214
a) L’acte coercitif, catégorie alternative	215
b) L’acte coercitif, catégorie limitative.....	215
2°- L’organisation de la <i>summa divisio</i>	216
B – Intérêt d’une classification différente des actes en procédure pénale	219
1°- La substitution d’une classification bipartite à une classification tripartite	219
2°- La reconnaissance de l’utilité d’une nouvelle catégorie juridique	221
§2 – L’acte coercitif : l’apport de solutions pratiques.....	223
A – Dans la phase de l’enquête de police	223
1°- La distinction classique entre les enquêtes sur infraction flagrante et préliminaire	224
2°- La détermination précise du début de la garde à vue	228
B – Dans la phase de l’information judiciaire	232
1°- La justification de l’ouverture d’une information	232
2°- La limitation des pouvoirs du juge d’instruction en cas de découverte de faits nouveaux	234
3°- La soumission du juge des enfants au respect des formes prescrites par le Code de procédure pénale	236
CONCLUSION DU TITRE I.....	239
TITRE II : LA DEFINITION DE L’ACTE COERCITIF.....	240
CHAPITRE 1 : LA DEFINITION FONCTIONNELLE DE L’ACTE COERCITIF : UNE DEFINITION INSUFFISANTE.....	241
Section I – Le fondement particulier de l’acte coercitif	242
§1 – La condition de la nécessité de l’acte coercitif	242
A – Le sens de la nécessité	243
1°- Qualification.....	243
a) La nécessité constitue un standard.....	243
b) La nécessité comprend l’urgence.....	244
2°- Définition	245
a) La définition négative	245
b) La définition positive.....	248
B – Le seuil de la nécessité.....	251
1°- L’apparition essentielle de la nécessité avec la suspicion	252
a) Le soupçon, une condition préalable	252
b) La consistance indispensable du soupçon.....	256
2°- L’apparition résiduelle de la nécessité en dehors de la suspicion	260
§2 – Le contrôle de la nécessité de l’acte coercitif	262
A – Un contrôle souvent perfectible.....	263
1°- La garde à vue	263
2°- Les écoutes téléphoniques et la sonorisation.....	269
B – Un contrôle parfois convenable	274
1°- Le contrôle judiciaire, l’assignation à résidence avec surveillance électronique et la détention provisoire	274
2°- Les perquisitions dans les entreprises de presse et les cabinets d’avocats	278
Section II – La finalité partagée de l’acte coercitif	284
§1 – Le partage intrinsèque de la fonction d’efficacité.....	284
A – L’acte coercitif probatoire	285
1°- Un acte d’investigation indispensable à la manifestation de la vérité.....	285
2°- Un acte indispensable indépendamment du modèle de procédure	288
B – L’acte coercitif provisoire et conservatoire.....	289
1°- Présentation de la distinction entre le provisoire et le conservatoire.....	289
2°- Application de la distinction à l’acte coercitif.....	291
a) La fonction de conservation de l’acte coercitif.....	291

b) La fonction d'anticipation de l'acte coercitif.....	295
C – L'acte coercitif sanctionnateur.....	297
§2 – Le partage extrinsèque de la fonction d'efficacité	299
A – Une fonction quasi-identique aux décisions provisoires	299
B – Une fonction identique à des principes d'organisation et de fonctionnement de la justice pénale	300
1°- Le tribunal correctionnel à juge unique et la procédure de comparution immédiate	301
2°- Les procédures alternatives aux poursuites pénales	302
3°- Le secret de l'enquête et de l'instruction.....	302
CHAPITRE 2 : LA DEFINITION CONCEPTUELLE DE L'ACTE COERCITIF : UNE DEFINITION ADEQUATE.....	305
Section I – L'acte coercitif, source d'un grief effectif	306
§1 – Un grief automatique	306
A – L'existence du grief : le consentement non requis.....	306
1°- Un grief indépendant de la fonction de l'acte	307
2°- Un grief indépendant du cadre procédural	309
B – L'inexistence du grief : le consentement requis.....	311
1°- La résistance résiduelle du consentement.....	311
2°- Le recul progressif du consentement	317
§2 – Un grief direct	321
A – Présence d'un grief direct dans les modalités classiques de la contrainte	322
1°- Un grief compatible avec la contrainte médiate et immédiate	322
2°- Un grief compatible avec la contrainte sur les personnes et celle sur les biens ..	324
B – Absence de grief direct dans une modalité spécifique de la contrainte.....	326
1°- L'incompatibilité avec la contrainte psychologique.....	327
2°- Les conséquences de cette incompatibilité.....	337
Section II – L'acte coercitif, source d'un grief spécifique	338
§1 – La nature singulière du grief : sa gravité	338
A – L'atteinte à la liberté individuelle : le critère présumé	339
1°- Les indices dans la jurisprudence relative aux faits nouveaux	339
2°- Les indices en dehors de la jurisprudence relative aux faits nouveaux	342
B – L'atteinte aux libertés individuelles : le critère proposé	344
1°- Le choix justifié de la notion de libertés individuelles	345
a) Le rejet de notions trop compréhensives	345
α) La notion de libertés publiques	345
β) La notion de droits de l'homme	347
γ) La notion de libertés fondamentales.....	349
b) Le rejet de notions trop étroites	353
2°- Le contenu précis de la notion de libertés individuelles.....	356
a) L'adoption d'une conception stricte de la notion de liberté individuelle.....	357
b) La détermination des libertés individuelles atteintes.....	362
§2 – La conception renouvelée du grief.....	376
A – La singularité du grief dans l'acte coercitif : la mise en évidence de la dualité de nature du grief.....	376
B – Les conséquences de la singularité du grief dans l'acte coercitif sur les nullités ...	381
CONCLUSION DU TITRE II.....	389
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	390
SECONDE PARTIE : LE REGIME DE L'ACTE COERCITIF	393
TITRE I : L'EXECUTION DE L'ACTE COERCITIF	395
CHAPITRE 1 : LES CONSTANTES : LES EXIGENCES INTANGIBLES DE L'ACTE COERCITIF.....	396
Section I – L'intangibilité des exigences générales de l'acte coercitif.....	397

§1 – Légalité et loyauté de l’acte coercitif	397
A – La légalité de l’acte coercitif	397
1°- La force du fondement de l’exigence	398
2°- La faiblesse du respect de l’exigence	401
a) Les violations rectifiées de l’exigence	402
b) Les violations persistantes de l’exigence.....	411
B – La loyauté de l’acte coercitif.....	419
1°- Application de l’exigence en raison de la qualification d’acte coercitif	420
2°- Généralisation de l’exigence à l’ensemble des actes coercitifs	423
§2 – Nécessité et proportionnalité de l’acte coercitif.....	427
A – Les disparités irréductibles du contrôle de proportionnalité.....	428
1°- Une différence de nature du contrôle exercé.....	428
2°- Une différence d’intensité du contrôle exercé.....	431
B – L’intensification perfectible du contrôle de proportionnalité	436
1°- Progrès du contrôle exercé par les juges européens et judiciaires.....	436
2°- Timidité du contrôle exercé par le juge constitutionnel	445
§3 – Contrôle effectif de l’acte coercitif par l’autorité judiciaire	450
A – Encadrement accru de l’auteur du contrôle	451
1°- Qualités renforcées de l’auteur du contrôle.....	451
2°- Choix maîtrisé de l’auteur du contrôle	456
B – Effritement progressif de l’effectivité du contrôle.....	460
1°- Explication de cet effritement progressif	461
2° Manifestations de cet effritement progressif	465
Section II – L’intangibilité des exigences spéciales de l’acte coercitif.....	470
§1 – Observation du formalisme et de la motivation de l’acte coercitif	471
A – Formalisme accru en raison de l’intensité de l’acte coercitif.....	471
1°- Une exigence largement consacrée par la loi	472
2°- Une exigence généralement respectée par la jurisprudence	475
B – Motivation imposée en raison de l’intensité de l’acte coercitif	482
§2 – Soumission de l’acte coercitif à la présomption d’innocence et aux droits de la défense	488
A – Une soumission significative à la présomption d’innocence	489
1°- Le préalable de la suspicion	490
2°- La prohibition de la violation du droit de ne pas s’auto-incriminer	493
B – Une soumission incomplète aux droits de la défense.....	499
1°- Une soumission graduelle	504
2°- Une soumission grandissante	514
§3 – Application du principe d’impartialité à l’acte coercitif	549
A – L’impartialité personnelle requise pour l’acte coercitif.....	550
B – L’impartialité fonctionnelle compromise par l’acte coercitif	553
1°- Application imparfaite de cette règle par le juge européen	554
2°- Application imparfaite de cette règle par le juge pénal.....	563
CHAPITRE 2 : LES VARIANTES : LES DECLINAISONS IRREDUCTIBLES DE L’ACTE COERCITIF.....	569
Section I – Les déclinaisons soulignées : le foisonnement des causes de variation.....	570
§1 – Les variations objectives de l’acte coercitif	570
A – Variations <i>materiae</i>	570
1°- En fonction de la commission supputée ou avérée d’une infraction	570
2°- En fonction de la nature de l’infraction.....	576
3°- En fonction du moment et des modalités de commission de l’infraction.....	578
B – Variations <i>loci</i> et <i>temporis</i>	587
1°- Les variations <i>temporis</i>	587
2°- Les variations <i>loci</i>	591
a) L’acte coercitif effectué en France	592
b) L’acte coercitif effectué à l’étranger.....	606

§2 – Les variations subjectives de l’acte coercitif	610
A – Variations <i>personae</i> actives	610
1°- L’exécution habituelle par un agent public	610
a) Les A.P.J., O.P.J. et les fonctionnaires de certaines administrations.....	610
b) Les magistrats	613
2°- L’exécution exceptionnelle par un simple particulier	622
B – Variations <i>personae</i> passives	623
1°- Selon la suspicion à l’égard de la personne.....	624
a) Les personnes physiques.....	624
b) Les personnes morales.....	626
2°- Selon la qualité de la personne	628
a) La protection fondée sur la vulnérabilité	628
α) Les mineurs	628
β) Les majeurs protégés.....	633
b) La protection fondée sur la fonction.....	634
α) Les hommes politiques et les agents diplomatiques.....	634
β) Les avocats	640
γ) Les journalistes.....	641
Section II – Les déclinaisons effacées : l’encadrement des formes de variation.....	642
§1 – Le dépassement des variations d’intensité de l’acte coercitif	642
A – La contribution de la technique	642
1°- Les variations d’intensité caractérisées	643
2°- Les variations d’intensité canalisées	644
a) La prohibition du détournement de l’acte coercitif.....	645
b) La règle « coercion sur coercion ne vaut ».....	650
B – La contribution des principes	652
1°- L’acte coercitif doit respecter l’égalité.....	653
2°- L’acte coercitif doit préserver la dignité	657
3°- L’acte coercitif doit sauvegarder la santé et l’intégrité physique.....	666
§2 – Le dépassement des variations de durée de l’acte coercitif	671
A – Un dépassement contrarié.....	671
1°- La durée diverse de l’acte coercitif	672
2°- La durée complexe de l’acte coercitif	675
B – Un dépassement effectif.....	682
1°- L’acte coercitif doit conserver une durée raisonnable.....	682
2°- L’acte coercitif interrompt la prescription de l’action publique.....	692
CONCLUSION DU TITRE I.....	693
TITRE II : LA CONTESTATION DE L’ ACTE COERCITIF	695
CHAPITRE 1 : LA CONTESTATION DE L’ ACTE COERCITIF NON CONSTITUTIF D’UNE INFRACTION PENALE.....	696
Section I – L’exigence impérieuse de contestation de l’acte coercitif	697
§1 – Les fondements substantiels du recours exercé	697
A – Un recours imposé par les normes supérieures.....	698
1°- Les normes constitutionnelles	698
2°- Les normes conventionnelles	700
B – Un recours déduit de la notion d’acte coercitif	707
§2 – Les caractéristiques essentielles du recours exercé.....	709
A – Un recours effectif	709
1°- L’effectivité prééminente	710
2°- L’effectivité croissante	719
B – Un recours protéiforme	729
1°- Les recours principaux	729
a) La requête en annulation.....	730
b) La voie de l’appel	733
2°- Les recours accessoires	737

a) Le référé-liberté	737
b) La requête individuelle supranationale	740
Section II – Les faiblesses persistantes de la contestation de l’acte coercitif	747
§1 – L’insuffisance intrinsèque du recours	747
A – Une exclusion contestable	747
1°- Les cas généraux d’exclusion du recours	747
2°- Les cas spéciaux d’exclusion du recours	750
B – Un contrôle sommaire	751
§2 – Le régime défavorable du recours	753
A – Un encadrement rigoureux de ses conditions	753
1°- L’interprétation orientée des textes	754
2°- L’enfermement dans des délais stricts	756
B – Une limitation considérable de ses effets	759
1°- La limitation de l’étendue de l’annulation	759
2°- La limitation des effets de l’appel	763
CHAPITRE 2 : LA CONTESTATION DE L’ ACTE COERCITIF CONSTITUTIF D’UNE	
INFRACTION PENALE	768
Section I – La dénonciation de l’acte coercitif arbitraire	769
§1 – Une dénonciation absolue	769
A – Les contraintes physiques réprimées	769
1°- Les arrestations et détentions arbitraires	769
2°- Les actes de violence et de torture	777
B – Les intrusions réprimées	784
1°- Les perquisitions illégales	785
2°- Les atteintes abusives au secret des correspondances et à l’intimité de la vie privée	787
§2 – Une dénonciation conditionnée	793
A – La nécessaire soumission à l’acte illégal	793
B – La nécessaire constatation de l’illégalité de l’acte	798
Section II – La responsabilité de l’auteur de l’acte coercitif arbitraire	801
§1 – L’ineffectivité des responsabilités externes	801
A – La défaveur de la responsabilité pénale	802
B – La dilution de la responsabilité civile	805
1°- La détermination de la juridiction compétente, garantie de réparation de l’acte coercitif illégal	805
2°- La substitution de l’Etat à ses agents, protection de l’auteur de l’acte coercitif illégal	810
§2 – L’effectivité de la responsabilité interne	818
A – L’organisation d’une responsabilité disciplinaire effective	818
1°- La responsabilité disciplinaire des O.P.J.	819
2°- La responsabilité disciplinaire des magistrats	823
B – L’obligation d’une responsabilité disciplinaire effective	828
CONCLUSION DU TITRE II	831
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	833
CONCLUSION GENERALE.....	835
BIBLIOGRAPHIE	843
INDEX ALPHABETIQUE	943
TABLE DES MATIERES	955



Résumé :

Par essence coercitive, la procédure pénale française se compose d'une succession d'actes auxquels procèdent les autorités publiques. De nature différente, ceux-ci constituent principalement des mesures d'administration judiciaire, des actes de police judiciaire, des actes de poursuite ou d'instruction ou bien des actes juridictionnels. Parmi cette multitude d'actes, certains se révèlent coercitifs. Leur trait commun est de porter atteinte aux libertés individuelles. Il suffit d'évoquer les contrôles et vérifications d'identité, la garde à vue, les perquisitions et saisies, les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, les sonorisations et fixations d'images, le contrôle judiciaire, l'assignation à résidence avec surveillance électronique ou la détention provisoire. Ces actes, *a priori* hétérogènes, forment en réalité une catégorie propre. Correspondant à la réalité juridique, une notion d'acte coercitif existe en procédure pénale, parallèlement aux concepts traditionnels. Son critère principal réside dans la spécificité de son grief. Une classification bipartite des actes, fondée sur leur caractère coercitif ou non, devient alors possible. Au-delà d'un intérêt théorique tangible, des intérêts pratiques apparaissent. Par exemple, les actes interdits au juge d'instruction lorsqu'il découvre des faits nouveaux pourront être identifiés, eu égard à l'interdiction d'accomplir des actes coercitifs dans une telle situation. Cette notion bénéficie en outre d'un régime autonome. Elle obéit à des exigences constitutionnelles, conventionnelles et législatives qui permettent de dépasser les variations inéluctables des actes composant cette catégorie : la légalité, la nécessité et la proportionnalité, le contrôle effectif par l'autorité judiciaire, le respect de la dignité de la personne, de sa santé, etc. Si l'acte coercitif doit respecter les droits de la défense, il doit encore pouvoir être contesté dans tous les cas au moyen d'un recours juridictionnel. Ses abus demeurent enfin sanctionnés puisque le Code pénal réprime les abus d'autorité. Celui qui décide ou exécute un acte coercitif arbitraire s'expose ainsi à différentes poursuites.

Descripteurs :

Acte coercitif, procédure pénale, grief, libertés individuelles, légalité, nécessité et proportionnalité, contrôle effectif, recours juridictionnel.

Abstract :

« The coercive act in criminal law and procedure » [L'acte coercitif en procédure pénale]. Being essentially coercive, the French criminal law and procedure are composed of a succession of acts that the Public Authorities conduct. As they are all different by nature, these acts principally constitute judicial administration measures, acts of the judiciary police, prosecution or investigation measures, as well as jurisdictional acts. Among this great number of acts, some of them can prove to be coercive. And they have one particular point in common: they all encroach on individual liberties. One simply has to consider the controls or verifications of people's identities, police custody, search and seizure, the interceptions of any correspondence over the telecommunications, the use of sound and image detection technology, the judicial suspension, the electronically-monitored house arrest, or custody on remand. These acts, a-priori heterogeneous, constitute in fact a category of their own. Corresponding to the judicial reality, a notion of coercive acts exists in criminal procedures in parallel with traditional concepts. Its main criterion lies in the specificity of its grievance. A two-part classification of the acts, grounded on their coercive or non-coercive features, is then possible. Practical interests appear beyond a tangible theoretical one. For example, it will be possible to identify any new binding action the investigating judge is not allowed to take when new facts are discovered, in view of the prohibition to carry out coercive acts in such a situation. In addition, this notion qualifies for an autonomous regime. It serves not only constitutional and conventional but also legislative requirements that make it possible to exceed the inevitable variations of the acts that compose this category; namely the notions of legality, necessity and proportionality, the effective control by the judicial authority, the respect of the person's dignity and health ASO... If the coercive act is to respect the rights of the defense, it could also be appealed in all cases through the courts. At last, its abuses remain punishable by law as the Penal Code represses abuses of authority. Thus, the persons who decide or carry out a coercive arbitrary act expose themselves to prosecution.